

SERIE DOCUMENTOS

Facultad de Jurisprudencia

Núm. 48, ISSN: 0124-700X

BORRADORES DE INVESTIGACIÓN

El SIDA: incidencias en el mercado asegurador desde una perspectiva financiera y de tutela a los Derechos Humanos

Catalina Muriel Liévano



Universidad del Rosario
Facultad de Jurisprudencia



Universidad del Rosario
Facultad de Jurisprudencia

EL SIDA: INCIDENCIAS EN EL MERCADO ASEGURADOR
DESDE UNA PERSPECTIVA FINANCIERA
Y DE TUTELA A LOS DERECHOS HUMANOS

MURIEL LIÉVANO, Catalina

El SIDA: incidencias en el mercado asegurador desde una perspectiva financiera y de tutela a los derechos humanos / Catalina Muriel Liévano.— Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2006.

87 p.: cuadros.— (Jurisprudencia. Línea de derechos humanos, Borradores de Investigación; 48)

ISSN: 0124-700X

Incluye bibliografía.

SIDA / SIDA – Legislación / Epidemiología / Derechos Humanos / SIDA – Aspectos económicos / Compañías de seguros – Legislación / Derecho de seguros / Pólizas de seguros / I. Título / II. Serie.

EL SIDA: INCIDENCIAS EN EL MERCADO ASEGURADOR
DESDE UNA PERSPECTIVA FINANCIERA
Y DE TUTELA A LOS DERECHOS HUMANOS

Autor
Catalina Muriel Liévano

BORRADOR DE INVESTIGACIÓN
LÍNEA DE DERECHOS HUMANOS
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
UNIVERSIDAD DEL ROSARIO
EDITORIAL UNIVERSIDAD DEL ROSARIO
Bogotá, D.C.
2006

© Catalina Muriel Liévano
© Editorial Universidad del Rosario

ISSN: 0124-700X

Todos los derechos reservados
Primera edición: agosto de 2006

Impresión: Logoformas
Impreso y hecho en Colombia
Printed and made in Colombia

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	7
1. INTRODUCCIÓN AL VIH/SIDA	9
1.1. LA ENFERMEDAD: ASPECTOS MÉDICOS Y CIENTÍFICOS	9
1.1.1. Descripción de la enfermedad	9
1.1.2. Orígenes de la enfermedad	11
1.1.3. Formas de transmisión y contagio	12
1.1.4. Diagnóstico de la enfermedad	13
1.1.5. Tratamiento y control de la enfermedad	13
1.2. EPIDEMIOLOGÍA Y CIFRAS	14
1.2.1. Propagación de la epidemia en el ámbito mundial	14
1.2.2. La epidemia en Colombia	16
2. ASPECTOS JURÍDICOS, DERECHOS HUMANOS Y SIDA	19
2.1. NORMATIVA INTERNACIONAL RELEVANTE	21
2.2. MARCO JURÍDICO COLOMBIANO	25
2.2.1. Marco Constitucional y conceptual	25
2.2.2. Marco Legal	28
2.3. CATÁLOGO DE LOS DERECHOS HUMANOS FRENTE AL SIDA	31
2.3.1. Derecho a la vida y a la dignidad humana	32
2.3.2. Derecho a la igualdad, proscripción de la discriminación	34
2.3.3. Derecho a la salud, tanto física como mental	38
2.3.4. Derecho a la libertad y seguridad personales	41
2.3.5. Derecho a la honra y la intimidad	45
3. IMPACTO FINANCIERO DEL SIDA	48
3.1. IMPACTO MACROECONÓMICO DEL VIH/SIDA	49
3.2. IMPACTO DEL VIH/SIDA EN EL ÁMBITO DE EMPRESA	53
3.3. IMPACTO DEL VIH/SIDA EN COLOMBIA. MERCADO ASEGURADOR	53
3.3.1. Costos financieros del VIH/SIDA en Colombia	54
3.3.2. El Mercado Asegurador	58
4. LOS SEGUROS PRIVADOS Y EL VIH/SIDA	60
4.1. ESTRUCTURA DE ASEGURAMIENTO EN SALUD Y VIDA	61
4.2. EL CONTRATO DE SEGURO. RÉGIMEN IUSPRIVATISTA	64
4.2.1. El riesgo asegurable	65

4.2.2. El interés asegurable	66
4.2.3. La prima	66
4.2.4. La obligación condicional del asegurador	66
4.2.4.1. Declaración del estado del riesgo	67
4.2.4.2. Mantenimiento del estado del riesgo	69
4.3. EL CONTRATO DE SEGUROS DE PERSONAS	69
4.3.1. El seguro de vida	71
4.3.2. Seguros de accidentes y enfermedades	72
4.4. ASPECTOS DETERMINANTES DEL ÁMBITO CONTRACTUAL	
DE LOS SEGUROS EN RELACIÓN CON PERSONAS SEROPOSITIVAS	73
4.4.1. Especificidades del riesgo a asumir	73
4.4.2. La declaración de asegurabilidad	74
4.4.3. El principio de la libertad contractual del asegurador	77
4.4.4. Mantenimiento del estado del riesgo y notificación de su agravación ..	80
4.4.5. Beneficiario causante del siniestro	80
5. EQUILIBRIO ENTRE DERECHOS HUMANOS Y SEGUROS	80
CONCLUSIONES	82
BIBLIOGRAFÍA	84

EL SIDA: INCIDENCIAS EN EL MERCADO ASEGURADOR DESDE UNA PERSPECTIVA FINANCIERA Y DE TUTELA A LOS DERECHOS HUMANOS

Catalina Muriel Liévano

Resumen

Debe propugnarse por la existencia de un equilibrio entre la libertad contractual y viabilidad financiera de la industria aseguradora, y los derechos humanos de las personas viviendo con el VIH/SIDA, entre estos se debe encontrar la posibilidad de acceder a seguros de salud y vida. Los aseguradores deben colaborar, junto con el resto de estamentos de la sociedad, en la activa prevención de la pandemia, con base en un principio de solidaridad e interés general, pero también como parte de una estrategia acorde con su actividad.

Palabras clave

Seguros, sida, derechos humanos, viabilidad financiera.

Abstract

It turns imperative to advocate for the existence of a balance between contractual freedom and financial feasibility in the insurance industry and human rights of people living with HIV/AIDS. Such rights include the possibility to access health and life insurance. Insurance companies must not only cooperate with society in order to prevent this pandemic actively on the principles of solidarity and general interest, but also intend to approach it as a strategy in their private business.

Key words

Insurance, aids, human rights, financial viability.

INTRODUCCIÓN

El presente estudio se enmarca dentro del contexto de una problemática actual que afecta al mundo entero desde las más diversas perspectivas, el VIH/SIDA.

Partiendo de la diversidad de sus efectos negativos, tanto médicos, como humanos, jurídicos, económicos, financieros y sociales, este análisis no pretende resultar omnicomprensivo de los mismos. Realmente, busca realizar un aporte a tan difícil materia, centrándose en la importancia de que el sector privado y la sociedad en general, sean conscientes del flagelo al que se están enfrentando y de la necesidad de su participación en aras de moderar el impacto del mismo.

En virtud de lo anterior, y sin perjuicio de algunas remisiones a situaciones de otras latitudes, nos centraremos en el caso Colombiano, partiendo desde nuestra propia estructura de aseguramiento y de la situación real de nuestros enfermos, para buscar la manera en que el impacto humano sea menor y la cobertura en salud sea

mayor, sin perjuicio de la estabilidad financiera necesaria para la viabilidad de nuestras instituciones.

De esta manera haremos una aproximación al impacto que hasta ahora ha causado en general la pandemia en nuestro país, y en el mercado asegurador en especial. Subsiguientemente abordaremos el tema humanitario de los enfermos y la relación con el sistema de aseguramiento en salud y vida, para finalmente buscar una forma de equilibrio entre los derechos humanos de los enfermos y la industria aseguradora.

El tema del VIH/SIDA ha cobrado especial relevancia por dos condiciones básicas, a saber, se trata de una pandemia de inconmensurables magnitudes sin cura conocida hasta el momento, y sus efectos económicos y sociales son devastadores. Para comprobar ello basta con dar una mirada al caso del continente Africano que en este momento cuenta con la epidemia más grande del mundo, y cuyas incidencias han sido enormes.

Particularmente Colombia, como el resto de América Latina se ha caracterizado por tener una incidencia moderada del VIH/SIDA, que dista mucho del caso africano. Esto, sin embargo, no quiere decir que la perspectiva a futuro sea prometedora. Las cifras revelan una tendencia a la desconcentración de la epidemia hacia grupos que antes no eran considerados riesgosos, como los jóvenes heterosexuales y las mujeres. Adicionalmente, en Colombia encontramos el grave problema del acceso a tratamiento, la baja actividad en prevención, y la escasa cultura del manejo de la información financiera, factores que pueden potenciar a mediano plazo la epidemia.

Igualmente, las condiciones de pobreza e ignorancia de gran parte de la población, hacen de nuestro país y de América Latina en general, una zona propensa a sufrir un crecimiento desbordado de la pandemia.

Recientemente ha habido una gran concientización de las repercusiones de la enfermedad no sólo en materia de salubridad pública sino en aspectos económicos, financieros y de productividad. Se ha evidenciado que el SIDA afecta principalmente a la población en edad productiva, lo que reduce el capital humano, dejando además un sinnúmero de menores huérfanos que no tendrán las mismas posibilidades educativas y condiciones de vida que tendrían de contar con sus padres.

Esta es la razón por la cual es necesario tratar el tema y evitar su marginalización, la cual ha ocurrido por existir consideraciones morales, religiosas y sociales envueltas. Debemos contribuir con el debate y la priorización del tema, pues sólo así pueden encontrarse soluciones. Evidentemente ello supone un esfuerzo multidisciplinario por la diversidad de aspectos que pueden derivarse de la pandemia del VIH/SIDA, por eso lo importante es una lucha mancomunada con denuedo por crear discusión al respecto y encontrar una salida a lo que se ha considerado la catástrofe de los siglos XX y XXI.

El tema de los seguros y del sector privado cobra importancia por cuanto involucra las posibilidades de los enfermos y sus familias de acceder a tratamientos, medicinas, y respuestas ante la eventualidad de la muerte precoz; y se encuentra en línea fronteriza con la protección de los mismos contra la discriminación, la marginalización y el desamparo en sus derechos fundamentales a la vida y a la salud, así como la protección a la igualdad, honor e intimidad. La responsabilidad del sector es indudable, máxime cuando podemos ver que estos operadores tienen en sus manos una actividad de interés general, especialmente ahora que hemos sido testigos de una tendencia a la

privatización de la seguridad social en salud. La frontera entre los seguros privados y la seguridad social, en cuanto a las aseguradoras, es cada vez más estrecha.

Ahora bien, sumado al tema humanitario y a los intereses superiores que se ven involucrados en la actividad aseguradora, es importante una consideración netamente financiera desde la perspectiva del asegurador, concerniente a que si el VIH/SIDA supone costos de grandes magnitudes principalmente en seguros de salud y de vida, precisamente debido a su alta incidencia en sectores de la población en edad productiva, y a los gastos requeridos en materia farmacéutica, de tratamiento y diagnóstico, lo más rentable y acorde con la estrategia del asegurador, sería realizar campañas de prevención o efectivizar al máximo las existentes. Es decir, no sólo pretender hacer frente al siniestro ocurrido, sino prevenir su realización, como estrategia de reducción del impacto económico.

En síntesis, el presente análisis parte de la necesidad de que el esfuerzo por el manejo de la enfermedad no radique únicamente en manos del Estado, sino que se extienda a la comunidad en general, de forma que no sólo se protejan los derechos de los enfermos o de quienes potencialmente puedan llegar a estarlo, sino que se propenda por darle un adecuado manejo financiero a fin de minimizar el impacto en el mercado, todo esto en aras de lograr una reducción en su incidencia general, al menos mientras esperamos confiados en que la ciencia pueda encontrar una respuesta médica efectiva y rentable.

1. INTRODUCCIÓN AL VIH/SIDA

Si bien el objeto del presente escrito no es el tratar de forma omnicompreensiva el fenómeno del VIH/SIDA, sino abordar el aspecto estrictamente jurídico y financiero de su impacto en el mercado asegurador en relación con los derechos humanos del enfermo y su manejo dentro del mismo, consideramos necesario, a manera de introducción, realizar ciertas consideraciones previas en cuanto al tema médico-científico y epidemiológico, con la única finalidad de entender el problema al que nos enfrentamos y evidenciar su impacto en nuestro país.

De esta manera el capítulo se dividirá en dos partes esenciales a saber, una reseña de los principales aspectos médicos y científicos que todos deberíamos conocer, en un lenguaje que dista mucho del tecnicismo y especificidad de estas ciencias; y otra, contentiva de una mirada global a la propagación de la epidemia en general y al caso colombiano en especial.

1.1. LA ENFERMEDAD: ASPECTOS MÉDICOS Y CIENTÍFICOS

1.1.1. *Descripción de la enfermedad*

El Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA), es una enfermedad producida por un virus denominado científicamente Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH). Éste hace parte de la familia de los retrovirus que tienen la particularidad de no poder reproducirse sin usurpar otra célula, para reprogramar el DNA de la misma y utilizarlo en su propio beneficio, en un proceso de alta complejidad que no es del todo conocido en la actualidad.

Cuando el virus infecta a una persona produce una destrucción progresiva del sistema inmunitario.¹ El sistema inmunitario defiende al organismo de las agresiones que le ocasionan diferentes tipos de microorganismos e impide, a su vez, la proliferación de células malignas (cánceres). Este sistema actúa en todo el cuerpo por medio de un tipo especial de glóbulos blancos: los linfocitos² (T CD4). Estos son los principalmente afectados por la infección.

Debido a la disminución del sistema inmunitario, el infectado por el VIH es presa fácil de cualquier tipo de bacteria, hongo o virus, razón por la cual se producen infecciones oportunistas y ciertos cánceres que tendrían una difícil evolución ante un organismo con sistema inmunitario normal. Estas manifestaciones se dan sobretodo en estadios avanzados de la enfermedad.

Entre las infecciones más frecuentes están el Cytomegalovirus (que produce neumonía y retinitis), la tuberculosis, la *Pneumocystis Carinii* (que produce insuficiencia respiratoria), la toxoplasmosis, el sarcoma de Kaposi (forma de cáncer que se inicia en la piel pero se extiende a otros tejidos y mucosas), las infecciones por hongos, por bacterias, por parásitos y por virus.

Es importante, para efectos de nuestro estudio, aclarar que existen diversas etapas en la evolución del VIH hasta llegar al SIDA, con lo cual es claro actualmente que el infectado asintomático *no está técnicamente enfermo* independientemente de que tenga la potencialidad de llegar a desarrollar el síndrome de inmunosupresión. Así se ha establecido ampliamente en la doctrina: "Aunque las personas infectadas no estén enfermas, son portadoras de un proceso crónico y progresivo que puede terminar en una enfermedad grave o la muerte".³ En el mismo sentido, se ha pronunciado la OMS y lo ha recogido nuestra legislación nacional como se verá más adelante.⁴ En Estados Unidos existe meridiana claridad al respecto, tal como se establece en el Acto de Americanos con Discapacidades (*Americans with Disabilities Act*).⁵

Igualmente resulta relevante establecer que normalmente pueden transcurrir de 5 a 7 años desde que la persona se infecta con el virus hasta su muerte. Sin embargo, este rango puede ser mayor o menor, sin que sea probable que supere los 15 años. En todo caso la evolución de la enfermedad depende del caso concreto y así habrá de evaluarse.

¹ SANZ, Marta; VEGA, Javier; MARTÍNEZ, Pelegrín. "SIDA: Aspectos Médico-Legales y Deontológicos". Secretariado de Publicaciones e intercambio. Universidad de Valladolid, 1999, p.45.

² PARDO, Javier; "VIH y SIDA. Presérvate del SIDA" [online] España, 1996-2000. www.ctv.es/USERS/fpardo/virus.htm.

³ SANZ; VEGA; MARTÍNEZ, op. cit., p. 45.

⁴ COLOMBIA. MINISTERIO DE SALUD. Decreto 1543 de 1997, art. 7. "Por el cual se reglamenta el manejo de la infección por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH), el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA) y las otras Enfermedades de Transmisión Sexual".

⁵ "Last august, in *Runnebaum v. NationsBank of Maryland, N.A.*, the Fourth Circuit undermined this fundamental purpose of the law by holding that the asymptomatic stage of infection with the human immunodeficiency virus (VIH) does not constitute a disability within the meaning of the statute. The court's opinion rests on an unduly restrictive construction of the statutory language and evidences disregard for administrative and judicial authority". *Harvard Law Review*. Cambridge. Vol.111, No.3, January 1998, p. 843.

1.1.2. Orígenes de la enfermedad

Los orígenes de la enfermedad datan de 1981 en Estados Unidos, cuando el *Center for Diseases Control (CDC)* de Atlanta emite un informe sobre la presencia de un síndrome desconocido que producía afecciones respiratorias y tumores infrecuentes entre varios jóvenes, todos con algún antecedente de homosexualidad.

Habiendo identificado que se trataba de un virus infeccioso se procedió al rastreo del mismo, lo que condujo de Estados Unidos a Haití, y poco después se evidenció su proveniencia del África. En principio se consideró como una enfermedad de homosexuales, pero más tarde se estableció su incidencia en pacientes hemofílicos que habían recibido transfusiones sanguíneas y en drogadictos que compartían jeringas. Finalmente se identificaron casos de mujeres y niños, evidenciando que no se trata de una enfermedad exclusiva de grupos determinados.

El Virus de Inmunodeficiencia Humana fue aislado casi simultáneamente en 1984 por Luc Montagnier en Francia y Robert Gallo en Estados Unidos, razón por la cual se ha desatado una polémica en este campo. Posteriormente en 1985 el primero de estos científicos descubrió otro tipo de VIH al que se le denominó VIH2, el cual es causante también del SIDA, pero sus condiciones de transmisión son menos frecuentes que las del VIH1, responsable de la pandemia actual. La búsqueda en esta materia es incesante y se han encontrado virus en los monos que pueden estar relacionados con el VIH.

Igualmente, según Robert Gallo⁶ se ha establecido que la infección por el virus en los humanos data al menos de 1950 aproximadamente, pero que su extensión se debió a cambios en las costumbres sociales y culturales de los pueblos.

Se ha rechazado unánimemente la idea de que el virus del SIDA hubiera sido creado por el hombre como consecuencia de una manipulación genética, o por la CIA como arma biológica.

Actualmente la tesis predominante es la que considera que el reservorio primitivo del virus es el mono verde africano y que de él pasó al hombre, posiblemente por la interacción durante la caza, los rituales tribales con sangre de simios, o incluso hay quienes sostienen que se produjo por experimentos tendientes a encontrar vacunas contra la malaria.⁷

La relación entre los primates y el origen del VIH, se estableció por el hallazgo de un virus similar que infectaba el mismo tipo de células en los simios de las regiones donde se encontraron focos iniciales de la infección. A dicho virus se le denominó con las siglas VIS (Virus de inmunodeficiencia de los Simios), y en estudios recientes se identificó también en otra especie de simios: los *Pan troglodytes*, comúnmente conocidos como chimpancés: "La conclusión de Beatriz Hahn es que los *Pan troglodytes* (cuyo hábitat natural coincide precisamente con las regiones de África que han presentado infecciones en humanos por VIH por largos periodos) parecen ser el origen del VIH que ahora infecta a humanos".⁸

⁶ GALLO, Robert. "Virus Hunting –AIDS, Cancer & the Human Retrovirus: A Story of Scientific Discovery". Basic Books, New York, 1991.

⁷ SANZ; VEGA; MARTÍNEZ, op. cit., p. 9.

⁸ BARRIOS, Liliana y REYES, Edgar Antonio. "Cuál es el origen del Virus de la Inmunodeficiencia Humana". En: Innovación y Ciencia. Vol.8, núm. 2. Bogotá, 1999, pp. 8 a 11.

Finalmente, sin pretender adentrarnos más en este campo, es preciso decir que la mutabilidad genética de este virus lo hace en extremo difícil de tratar, pues no hay certeza sobre su capacidad y velocidad de reproducción, ni sobre el curso clínico de la enfermedad. Así mismo, es claro que no existe certeza absoluta de su origen y que las distintas tesis no logran establecer con total precisión su procedencia.

1.1.3. Formas de transmisión y contagio

Existen básicamente tres formas de transmisión del VIH a saber, la transmisión sexual, la transmisión parenteral y la vertical. Es importante, sobretudo en materia de derechos humanos, saber que el contacto social diario no constituye fuente de riesgo alguna.

- ***Transmisión sexual:***

Es la forma más común de contagio y puede ser de dos tipos, homosexual o heterosexual. La transmisión homosexual se ha considerado tradicionalmente como de gran riesgo, fue el primer grupo en el cual se identificó el virus, y se considera en extremo peligroso por el elevado número de parejas sexuales y por el coito anal receptivo.

En la transmisión heterosexual existe una predominancia del contagio de varón a mujer, sin que ello implique la imposibilidad de transmisión contraria. El coito anal, la relación durante la menstruación, las prácticas sexuales traumáticas y la presencia de úlceras genitales facilitan la transmisión en esta relación.

- ***Transmisión parenteral (sangre y/o derivados):***

Dentro de este grupo encontramos a los drogadictos que utilizan la vía intravenosa, considerados como sector de gran incidencia además de los homosexuales, y a los hemofílicos y demás pacientes que reciben sangre o hemoderivados. En éste último existe un gran problema en países pobres donde no existe la infraestructura necesaria para detectar donaciones seropositivas, además del inconveniente relativo al periodo ventana o lapso en que la sangre infectada no es detectable.

- ***Transmisión vertical:***

Consiste en el paso del virus de la madre seropositiva al hijo. Esta transmisión puede darse por vía transplacentaria (aunque es poco frecuente que el virus atraviese la placenta), en el momento del parto debido a las secreciones y la sangre de la madre (lo que constituye el 70% de los casos) o debido a la lactancia. El riesgo de transmisión vertical es de un 30% a un 40%, sin embargo, con el suministro de un tratamiento de antiretrovirales (AZT), este puede reducirse a la mitad.

- ***¿Cómo no se transmite el VIH/SIDA?:***

En este punto del análisis resulta determinante establecer que el VIH no se transmite por el contacto social ordinario, razón por la cual no son pertinentes medidas de aislamiento, ni es justificada la restricción de libertades por la condición de seropositivo.

El VIH no se contagia por medio de fluidos biológicos como el sudor, la saliva o las lágrimas, tampoco por la picadura de insectos, por compartir utensilios de cocina o ropa de cama, ni por estrechar manos, abrazarse, toser o estornudar. No se contagia la enfermedad en baños públicos.

Es necesario el contacto directo con la sangre para que haya transmisión de la enfermedad, como puede ocurrir de existir heridas abiertas, semen o secreciones vaginales.

1.1.4. *Diagnóstico de la enfermedad*

Existen diversas pruebas de diagnóstico, algunas detectan los anticuerpos frente al VIH, otras detectan el virus en sí mismo o alguno de sus componentes. Sin embargo, sólo las primeras están autorizadas y son de dos clases, a saber, el *test* de *screening* y el *test* de confirmación. El *test* de *screening* más utilizado es la prueba ELISA y es el que se realiza ante una sospecha de infección. Sólo si este es positivo o indeterminado se procederá a la realización del *test* de confirmación o *western blot* que determinará finalmente el diagnóstico.

1.1.5. *Tratamiento y control de la enfermedad*

Actualmente no existe ningún tratamiento absolutamente efectivo. Sin embargo, la aparición de los antiretrovirales ha supuesto una mejoría en la calidad de vida y un aumento en la supervivencia de los pacientes. Las distintas clases de medicamentos, su posología y combinación dependen del control que se haga de la enfermedad por medio de los exámenes de carga viral y de la situación inmunológica. Los antiretrovirales interrumpen el proceso de multiplicación del virus, pero desde su primera utilización en 1986 se ha evidenciado que el VIH ha creado resistencia a algunos de ellos.

En adición, existen desde 1996 unos medicamentos denominados inhibidores de proteasa, los cuales, tomados como un "cóctel farmacéutico" junto con otros antiretrovirales logran efectos positivos en pacientes con VIH. La proteasa es una enzima que permite la reproducción del virus en el organismo, razón por la cual, su inhibición ha resultado altamente efectiva. En efecto, así se constata en el gremio farmacéutico: "Con el tiempo, el VIH desarrolló mecanismos de resistencia para evadir este recurso. Por ello, fue necesario desarrollar una molécula que atacara el ciclo viral en otro punto. Los inhibidores de la proteasa ofrecen una nueva luz de esperanza para los enfermos de SIDA; sin embargo, muchos obstáculos deberán sortearse para que este tipo de drogas puedan extenderse en el mercado".⁹ También el Dr. Robert Gallo se pronuncia al respecto: "Taken as a pharmaceutical cocktail, different combinations on protease inhibitors and AZT seem to reduce the concentration of HIV in the body as much as 85%".¹⁰

Es claro que además de los problemas científicos y farmacéuticos que representa la búsqueda de nuevos medicamentos contra el SIDA,¹¹ existe un inconveniente aún ma-

⁹ CARDOZO, Manuel Francisco. "SIDA, Nuevas perspectivas terapéuticas". En Innovación y Ciencia. Vol. 6, núm. 1. Bogotá, 1997, pp. 12-14.

¹⁰ COPPOLA, Vincent.. "Robert Gallo wants to fight" [online] June 1996. www.virusmyth.net.

¹¹ Precisamente porque como el virus utiliza las células del cuerpo para reproducirse, envenenar el virus implica envenenar al paciente.

yor en lo que respecta al acceso de los pacientes a dichos medicamentos, por los costos que representan, especialmente si se trata de personas en países en vías de desarrollo como el nuestro.

Adicionalmente, el tratamiento de las infecciones oportunistas dependerá de la eventualidad de su presencia y de las consideraciones concretas del caso, pues allí cobra importancia el estado del sistema inmunitario del paciente.

Por último, con ocasión de la conmemoración del Día Mundial del SIDA, el 1 de diciembre de 2003, la Organización Mundial de la Salud certificó una nueva droga genérica para el tratamiento del SIDA. Se trata de una tableta que combina tres drogas antiretrovirales y que sólo debe tomarse dos veces al día.¹²

1.2. EPIDEMIOLOGÍA Y CIFRAS

En aras de realizar un análisis del impacto del SIDA desde una perspectiva financiera y jurídica, resulta trascendente hacer una aproximación al estado actual de la epidemia en el mundo y específicamente en Colombia, con el objetivo de vislumbrar las dimensiones reales del problema.

Desde una perspectiva epidemiológica, el VIH/SIDA cuenta con problemas de registro de los casos por diversas razones. Para empezar, un elevado número de las personas infectadas no sabe que lo están; por otra parte, las consideraciones morales, sociales y religiosas (en algunos casos) hacen de ésta una enfermedad “vergonzosa”, razón por la cual las personas tienden a ocultar su estado; y, en ocasiones no existe la infraestructura necesaria para realizar estudios detallados de seguimiento e identificación de casos.

Sin embargo, los esfuerzos en esta materia son colosales y a ellos nos acogemos, teniendo en cuenta, en Colombia, otros estudios que tratan de cuantificar, al menos teóricamente, cuál es el porcentaje del subregistro al que nos enfrentamos.

Desde su surgimiento, el SIDA ha causado gran revuelo mundial por la magnitud de su impacto pero también por su transmisión hemática, lo que evidenció que no existía realmente un control profiláctico de los fluidos sanguíneos. La enfermedad nos ha hecho conscientes del manejo irresponsable de la sangre en nuestro medio.¹³

1.2.1. *Propagación de la epidemia en el ámbito mundial*

De conformidad con el estudio realizado por el Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA (ONUSIDA) y la Organización Mundial de la Salud (OMS), “*Situación de la Epidemia de SIDA a Diciembre de 2003*”.¹⁴ el número total de personas infectadas con VIH/SIDA para este año es de cuarenta millones. Lo que quiere decir que sólo en el año 2003 hubo cinco millones de nuevas infecciones por el virus, cifra bastante alta máxime si se tiene en cuenta que actualmente la información sobre la enfermedad es pródiga. De ahí se evidencia la necesidad de brindar acceso a dicha información, a las personas que aún no la tienen y de emplear una prevención adecuada.

¹² Decenas de miles de activistas en todo el mundo conmemoraron el Día Mundial del SIDA. En: El Tiempo, enero 2 de 2004, p. 1.

¹³ DE VEGA, José Augusto. “Tratamiento Jurídico del S.I.D.A.”. Colex. 1992.

¹⁴ ONUSIDA; OMS. “Situación de la Epidemia de SIDA a Diciembre de 2003”, [online]. 2003. www.unaids.org.

Para un mejor entendimiento veremos las cifras gráficamente:

Gráfico 1. Total casos de VIH/SIDA



Fuente: ONUSIDA.

El gráfico 1 evidencia el fenómeno creciente de la epidemia en los últimos cinco años. Es claro que existen problemas con la cuantificación precisa de los casos, razón por la cual se establecen unos márgenes con una cifra tentativa. El esfuerzo de estas organizaciones internacionales es enorme y poco a poco se evidencia una precisión mayor en estas cifras. El estudio arroja las cifras mencionadas, discriminadas de la siguiente manera:

Tabla 1. Situación discriminada de la epidemia mundial

Personas que vivían con el VIH/SIDA	Total	40 millones (34 - 46 millones)
	Adultos	37 millones (31 - 43 millones)
	Menores de 15 años	2.5 millones (2.1 - 2.9 millones)
Nuevas infecciones por el VIH en 2003	Total	5 millones (4.2 - 5.8 millones)
	Adultos	4.2 millones (3.6 - 4.8 millones)
	Menores de 15 años	700 000 (590 000 - 810 000)
Defunciones causadas por el SIDA en 2003	Total	3 millones (2.5 - 3.5 millones)
	Adultos	2.5 millones (2.1 - 2.9 millones)
	Menores de 15 años	500 000 (420 000 - 580 000)

Fuente: ONUSIDA.

Del total de casos preexistentes y de nuevos casos de VIH/SIDA en el mundo, el primer lugar lo ocupa África Subsahariana con una epidemia de alta incidencia. El segundo lugar lo ocupa el resto del continente africano y Asia., En tercer lugar encontramos a América Latina con un total de 1,3 a 1,9 personas infectadas por VIH/SIDA. Posteriormente encontramos el Caribe, que cuenta con una incidencia importante especialmente en Haití. Europa Oriental, Europa Occidental, América del Norte, Australia y Nueva Zelanda, les siguen en este orden.

La situación mundial de la epidemia no es prometedora, la epidemia no da respiro. Si hacemos los cálculos, aproximadamente en un día se infectan 14.000 personas y mueren unas 8.000 a causa de este flagelo, y de ello, un 95% ocurre en países de bajos y medianos ingresos. Esto sólo confirma que, como se planteó en el marco del seminario “VIH/SIDA y Desarrollo: Impacto Económico y determinantes Sociales y Culturales”,¹⁵ el SIDA vive en la pobreza y la ignorancia y parte de la lucha debe ser erradicar estos factores. Igualmente, los jóvenes que constituyen aproximadamente el 50% de las nuevas infecciones deben ser una prioridad, así como las mujeres, grupo en el que poco a poco se ha venido generalizando la epidemia.

Si bien los esfuerzos han aumentado, es claro que la epidemia es más rápida que la respuesta y ello debe ser equilibrado, en pro de eliminar la pandemia. Precisamente por ello, se establece en el estudio de ONUSIDA y OMS¹⁶ que “La batalla contra el SIDA ha llegado a una encrucijada: una de dos, o avanzamos lentamente haciendo progresos parciales, o bien oponemos a la epidemia toda la fuerza de nuestros conocimientos, recursos y compromiso. La elección es clara”. Es importante que el esfuerzo sea multidisciplinario y que incluya las ciencias sociales específicamente, pues la pandemia del SIDA es multicausal y por eso es tan poderosa.

En lo que respecta a América Latina, es claro que la seroprevalencia ha alcanzado el 1% en 12 países y que los factores que más inciden son el inicio de la actividad sexual precoz, las relaciones sexuales sin protección con parejas múltiples, y el uso de material de inyección no estéril. El problema de mujeres embarazadas con VIH ha incrementado de forma dramática.

Sumado a todo lo anterior está el problema del escaso acceso de los pacientes a los medicamentos antiretrovirales por cuestiones económicas, en lo cual puede resaltarse la labor de Brasil al producir genéricos de acceso más general.

De esta manera, en el mundo en general, y en América Latina en particular, es preciso tomar medidas para erradicar la pobreza, proteger a los adolescentes y garantizar su acceso a programas de prevención, reducir el contagio vertical, garantizar el respeto por los derechos humanos y mejorar el acceso a tratamiento.

1.2.2. *La epidemia en Colombia*

La situación colombiana se enmarca dentro del contexto descrito en el acápite precedente para América Latina, razón por la cual las consideraciones son similares.

¹⁵ VIH/SIDA Y DESARROLLO: IMPACTO ECONÓMICO Y DETERMINANTES SOCIALES Y CULTURALES. (Noviembre de 2003, Bogotá). Fundación Agenda Colombia.

¹⁶ ONUSIDA; OMS, op. cit., p. 12.

En nuestro país existían para junio de 2002 un total de 36.640 casos registrados, de conformidad con el Boletín Epidemiológico de SIVIGILA,¹⁷ esto nos ubica en el cuarto lugar entre los países continentales de América Latina en el número total de casos. Sin embargo, debido al subregistro, se estima que la suma real oscila entre 220.000 a 400.000 casos, teniendo en cuenta que la seropositividad en los bancos de sangre es de 1.2%, y que la mayoría de la gente infectada no sabe que lo está, o si lo sabe procura ocultarlo por la connotación social y moral de la enfermedad.

En efecto, según el estudio de la “Situación de la epidemia de SIDA a Diciembre de 2003”,¹⁸ el estigma y la discriminación siguen siendo determinantes en la propagación de la epidemia, puesto que aíslan aún más grupos que tradicionalmente han sido segregados como los homosexuales, trabajadores sexuales o drogadictos, quienes por consiguiente, no tienen acceso a la prevención adecuada.

El Comportamiento del VIH/SIDA en nuestro país, desde que se reportara el primer caso en Cartagena en 1983 correspondiente a una trabajadora sexual, puede verse gráficamente de la siguiente forma:

Gráfico 2. Comportamiento del VIH/SIDA en Colombia



Fuente: Banco Mundial.

La supuesta disminución que se visualiza en el año 1997 no es tal, realmente constituye la evidencia de los graves problemas de registro epidemiológico de nuestra nación, a pesar de los esfuerzos del Ministerio de Salud por revisar y modificar la ficha

¹⁷ COLOMBIA. MINISTERIO DE SALUD, INSTITUTO NACIONAL DE SALUD: Sistema de Vigilancia en Salud Pública (SIVIGILA). Boletín Epidemiológico Semanal. Semana núm. 29. Julio 14 a 20 de 2002.

¹⁸ ONUSIDA; OMS, op. cit., p. 12.

de notificación,¹⁹ que entre otras cosas existe desde 1986. El gráfico 2 es realmente dramático, pues constituye la prueba de la progresividad de la epidemia.

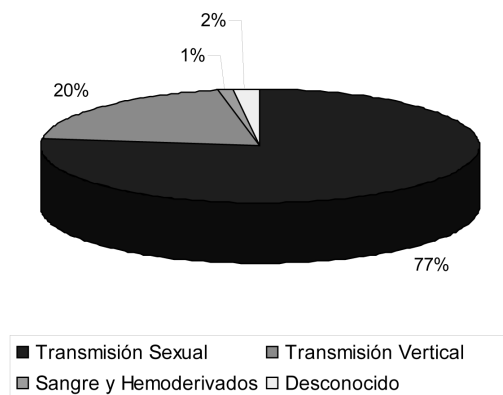
Por otra parte del total de personas enfermas en Colombia, sólo 9.000 están recibiendo antiretrovirales, cifra que denota la dificultad de acceso a tratamiento. Adicionalmente, esos antiretrovirales están compuestos solamente por 7 de los 18 productos existentes para hacer frente a la enfermedad, de donde se deduce que la atención no es óptima.

Más adelante se verá cómo la tendencia existente en el país, como mecanismo para que se suministren medicamentos y pruebas de carga viral que no están incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, es acudir al mecanismo de la tutela para constreñir a las instituciones a otorgar dicha prestación. Cuestión que aumenta el problema social en el cual la población más pobre no tiene acceso a la medicina necesaria para vivir.

Igualmente se estima que el 70% de los pacientes enfermos de SIDA no son manejados por especialistas ni cuentan con acceso a grupos de apoyo.

En cuanto a las características de la epidemia, Colombia ha sido clasificada como país con incidencia concentrada, es decir, la enfermedad afecta principalmente grupos de riesgo. Sin embargo, es preciso analizar en este punto las causas de contagio de los 40.000 casos registrados en Colombia y su distribución, para evidenciar que la premisa se desvanece. Esto no quiere decir que no siga existiendo una enorme incidencia en el grupo poblacional de hombres que tienen sexo con hombres, cuyo porcentaje de seroprevalencia es aproximadamente del 18%. Lo que ocurre es que también deben protegerse otros grupos que se hallan expuestos a la infección.

Gráfico 3. Causas del contagio en Colombia



Fuente: Propia con datos del Ministerio de Salud, SIVIGILA, Boletín Epidemiológico, semana 29, julio 11 a 20 de 2002.

EL 50% de ese contagio por vía sexual (77%), es heterosexual, lo que demuestra que la idea de encontrarnos ante una epidemia concentrada empieza a desvanecerse.

¹⁹ GARCÍA, Ricardo. "SIDA: Situación en el mundo y en Colombia veinte años después". En: Revista BIOMÉDICA, vol. 23. núm. 3. Octubre de 2003. Instituto Nacional de Salud, Colombia.

Por otra parte vemos una incidencia elevada en la transmisión vertical, cuestión preocupante dado que actualmente existe la forma de reducir hasta en un 50% el riesgo mediante la utilización de ciertos antiretrovirales durante el embarazo. No es claro si ésta incidencia se debe al desconocimiento del tratamiento, a la imposibilidad económica de acceso a él, al desconocimiento del estado de seropositividad en la madre, o a una combinación de todos ellos. Lo importante es que la prevención debe fortalecerse en este campo, promoviendo un testeo voluntario y el acceso a la terapia adecuada.

Finalmente, la transmisión correspondiente a sangre y hemoderivados debería estar erradicada, puesto que actualmente se conoce la manera de examinar la sangre y los laboratorios tienen la obligación de hacerlo dentro de sus condiciones de seguridad, razón por la cual no existe justificación alguna para ello.

Por último, según las Cuentas Nacionales en VIH/SIDA para Colombia,²⁰ existen problemas en el manejo de la epidemia por la baja promoción y prevención,²¹ la falta de diagnóstico y seguimiento (no se incluye en el POS) y la poca cultura del manejo de la información financiera. Volveremos sobre esto más adelante.

2. ASPECTOS JURÍDICOS, DERECHOS HUMANOS Y SIDA

De conformidad con lo esbozado anteriormente, es de meridiana claridad el hecho de que el tema del SIDA trasciende ampliamente el aspecto médico, para adentrarse en las más diversas consideraciones sociales, jurídicas e incluso económicas de los países. De ahí su estrecha relación con el tema de los derechos humanos de los enfermos y de la comunidad en general frente a esta pandemia.

Desde que se conoció la enfermedad, las personas seropositivas se han visto sometidas a la más cruel estigmatización y discriminación, debido a las formas de transmisión y a la ya existente marginalización de los primeros grupos afectados. Ese fue, junto con la rápida propagación de la epidemia, el primer elemento que volcó la atención de la comunidad internacional hacia este tema, y por lo cual han surgido numerosas campañas de prevención y protección.²² Pero el tema ha ido más allá. La preocupación mundial por los derechos humanos de los enfermos vulnerados en distintas formas, sumado a las posibilidades científicas de tratamiento y a las dificultades de acceso a él, han hecho de este tema una prioridad. Esto es tan claro que en el marco de la Cumbre del Milenio, celebrada en Nueva York en el año 2000, que contó con la presencia de 147 Jefes de Estado, se establecieron como metas el control de la epidemia y la asistencia a las víctimas del VIH/SIDA,²³ utilizando a toda la sociedad para ello.

²⁰ FUNDACIÓN MEXICANA PARA LA SALUD (FUNSALUD), INICIATIVA REGIONAL SOBRE SIDA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE -SIDALAC-, OUSIDA, MINISTERIO DE SALUD DE COLOMBIA: "Cuentas Nacionales en VIH/SIDA Colombia". [online] 1999-2001.

²¹ La Cátedra de educación sexual en el ámbito escolar ha sido muy debatida y por ende interrumpida en el país desde 1998.

²² La campaña actual de ONUSIDA, correspondiente a los años 2002-2003, tiene como lema "Vive y deja Vivir" y propugna porque el tema del estigma y la discriminación sea abordado como parte de los programas de prevención y protección.

²³ ONU. ASAMBLEA GENERAL. Resolución A/55/L.2. Declaración del Milenio. [online] 2000 www.un.org.

En efecto, el nuevo impulso a los principios de la Carta de las Naciones Unidas que supuso la Asamblea del Milenio, propuso metas efectivas en esta materia, tales como reducir las tasas de infección con el VIH en un 25% en los países más afectados antes del 2005 y un 25% en el ámbito mundial antes del 2010. Igualmente fijó metas de prevención, instó a los países más afectados a tener un plan nacional de acción, y propuso que los países más desarrollados colaboraran con la industria farmacéutica para crear una vacuna eficaz contra el VIH. Se puso de relieve que el mejor nivel de salud estimula el crecimiento económico mientras reduce la pobreza. Tal vez lo más relevante para efectos de este estudio es la consideración realizada sobre la necesidad de que existan asociaciones innovadoras entre el sector público y el privado en aras de lograr viabilidad financiera para los retos científicos de la pandemia.²⁴

Adicionalmente a ello, está el Programa Conjunto de las Naciones Unidas para el VIH/SIDA (ONUSIDA) que se ha extendido progresivamente en todas las latitudes y los esfuerzos constantes de la Organización Mundial de la Salud por realizar aportes que contribuyan a mejorar la situación de los enfermos, controlar la pandemia y propender por la tutela de los derechos humanos.

Igualmente la preocupación se ha extendido hacia otras organizaciones internacionales, tanto satélites de la ONU como independientes de ella, reafirmando la tesis de la multidisciplinariedad de la enfermedad. Ejemplo de ello es la colaboración que en esta materia han hecho las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), el Fondo de Población de las Naciones Unidas (FNUAP), el Programa de las Naciones Unidas para la Fiscalización Internacional de Drogas (PNUFID), la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), la Organización Mundial de la Salud (OMS), la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y el Banco Mundial.

Esta generalización y globalización del problema no es fortuita, es producto de la cada vez más arraigada conciencia de la magnitud del problema y de la necesidad de protección de los enfermos.

Pasando de lo general a lo particular, el orden interno del Estado colombiano ha respondido a esa inclinación mundial y ha realizado esfuerzos normativos de tutela a los enfermos. Sin embargo, al igual que en el resto del mundo, falta mucho por hacer para lograr una materialización efectiva y completa. En este capítulo haremos una aproximación a la legislación colombiana, separándola de los Instrumentos internacionales, pero solamente desde una perspectiva metodológica, pues es claro que los mismos hacen parte de nuestro derecho interno, e incluso prevalecen a él, al tenor del artículo 93 de la Constitución Nacional.

La relación de la pandemia con los derechos humanos y las entidades de este campo es pues evidente. Los derechos humanos de los enfermos se ven vulnerados constantemente en las más variadas formas, la violación no se reduce al tema de la discriminación. No, esto va más allá, e involucra verdaderamente derechos fundamentales como la vida y la salud, por mencionar sólo algunos. Es preciso pues analizar el catálogo de derechos de los enfermos de SIDA, para lo cual es necesario precedente-

²⁴ ONU. "Nosotros los pueblos", la función de las Naciones Unidas en el siglo XXI. Informe del Milenio del Secretario General de las Naciones Unidas. [online] 2000. www.un.org/english/millennium.

mente entender cuál es la reglamentación internacional relativa a la materia, así como la correspondiente normativa en nuestro país. De esta manera podremos entender la complejidad del tema que nos ocupa y, sobretudo, la importancia de mantener el claro objetivo de la tutela de estas personas y de nuestra sociedad en general.

La materialización de la protección de los derechos de las personas infectadas con VIH/SIDA tiene una connotación tanto individual como social en la medida en que no sólo beneficia a la persona, sino que permite que la promoción y la prevención lleguen a los sectores más vulnerables y se efective su difusión, reduciendo los niveles de infección, y en general mejorando la salud pública. Así el complemento entre los derechos humanos y la salud es evidente y necesario en aras de enmarcarse dentro del bien común. La violación de los derechos humanos sólo logra marginalizar en mayor grado el tema e impedir que las personas accedan a promoción, a pruebas voluntarias y a tratamiento por esa causa. Si las personas desconocen su estado de seropositividad, no habrá forma de evitar el contagio a otros.

Adicionalmente, es preciso evidenciar que no puede hablarse de “grupos de riesgo”, sino que deben verse “conductas de riesgo”, con el objeto de no realizar una discriminación negativa en grupos ya aislados de la sociedad -homosexuales, trabajadores sexuales, drogadictos-, bajo la idea de la prevención. Este tipo de equívocos dejaría de lado además la prevención en otros grupos que bajarían la guardia pensando que no se encuentran dentro de los marginados.

De esta manera entraremos a ver la normativa determinante en esta materia, así como la realidad de los enfermos en nuestro país.

2.1. NORMATIVA INTERNACIONAL RELEVANTE

En aras de abordar este tema, es preciso establecer que si bien existen distintas definiciones de los derechos humanos, las cuales obedecen a corrientes iusfilosóficas diferentes,²⁵ en últimas pueden extractarse de ellas ciertas características relevantes para el presente estudio.

En términos generales los derechos humanos son derechos intrínsecos a la naturaleza humana, considerando la perspectiva tanto individual como familiar y social, que deben ser universalmente aceptados, tutelados y protegidos ante violaciones, por la comunidad de Estados. Constituyen el núcleo esencial de la persona pues sólo mediante su tutela puede garantizarse la subsistencia digna de los seres humanos, su desarrollo integral y su autonomía en un ámbito social y político adecuado.

El proceso de humanización que dio lugar al reconocimiento de los derechos humanos fundamentado en la dignidad del hombre no es, sin embargo, nuevo. Se trata de una evolución política y filosófica que toma algunas bases de los antiguos, de los griegos (Platón, Sócrates y Aristóteles) y de los romanos pero cuya expresión trascendental la da el Cristianismo, la cual es acogida luego por el derecho natural y el de gentes de lo cual puede resaltarse el papel de Santo Tomás de Aquino, y posteriormen-

²⁵ Ejemplo de ello puede ser las definiciones contenidas en la obra de José Casta Tobeñas, “Los Derechos del Hombre”. Reus, Madrid, 1992.

te, el de Hugo Grocio. De allí el llamado contractualismo que conduce el hilo hasta la revolución francesa y los ideales de libertad.²⁶

De esta manera si bien los derechos humanos siempre han existido, su reconocimiento positivo y universal se dio en primer lugar gracias a la evolución de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, con una tendencia claramente liberal, a las tendencias socialistas²⁷ y como punto cumbre a la creación de las Naciones Unidas, en principio como respuesta a una coyuntura bélica, pero que se extendió por la magna importancia de los intereses vitales para la supervivencia de la humanidad. De ahí que sean importantes los instrumentos jurídicos correspondientes, principalmente la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. En virtud de ello ha habido una interiorización de la tutela y un reconocimiento a estos derechos y, en nuestro caso, la Constitución Política colombiana actual se erige como una carta de ellos.

Abordaremos pues, el estudio de los principales instrumentos de derechos humanos, para posteriormente concretar el estudio en los documentos internacionales que versan específicamente sobre el tema del VIH/SIDA, que desde ya diremos, se constituye como una prioridad mundial.

En este orden de ideas, en el orden jurídico internacional encontramos la Carta Internacional de Derechos Humanos, conformada por tres instrumentos y sus protocolos adicionales, a saber, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948,²⁸ verdadero catálogo de derechos; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁹ y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,³⁰ ambos de 1966.

En los tres instrumentos, vinculantes para nuestro país, encontramos disposiciones aplicables a la situación de los enfermos de VIH/SIDA respecto de sus derechos humanos, especialmente en materia de igualdad, no-discriminación, libertad, seguridad, intimidad, seguridad social y dignidad humana. Específicamente interesa resaltar que el artículo 25 de la Declaración³¹ señala el derecho a acceder a ciertos seguros como un derecho humano: “[...] tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad” (subraya fuera del texto). Este artículo nos ayudará enormemente en la dilucidación del comportamiento de los seguros frente al VIH/SIDA, concretamente en el ramo de personas. Esto tiene una gran importancia en la medida en que nuestro propio estatuto superior señala la prevalencia en el orden interno de los tratados sobre derechos humanos (artículo 93 C.N.).

²⁶ NARANJO, Vladimiro. “Teoría Constitucional e Instituciones Políticas”. Temis, Bogotá, 1997. Séptima edición, pp. 492 a 494.

²⁷ NARANJO, op. cit., pp. 492 a 502.

²⁸ ONU. Asamblea General. Declaración Universal de los Derechos Humanos. Aprobada por la Resolución 217 A (III). 10 diciembre de 1948. [online] www.un.org.

²⁹ ONU. Asamblea General. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Aprobada por la Resolución 2200 A (XXI) 16 de diciembre de 1966. [online] www.un.org.

³⁰ ONU. Asamblea General. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Aprobada por la Resolución 2200 A (XXI) 16 de diciembre de 1966. [online] www.un.org.

³¹ ONU. Asamblea General. Declaración Universal de los Derechos Humanos. Aprobada por la Resolución 217 A (III). 10 diciembre de 1948. [online] www.un.org.

Igualmente, vale la pena resaltar el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,³² que establece el reconocimiento del derecho de toda persona a la seguridad social, e incluso al seguro social y el artículo 12 del mismo convenio que reconocen el derecho al “disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”, y fundamenta su cumplimiento, entre otras cosas, en la prevención, tratamiento y lucha contra enfermedades epidémicas y en el acceso a la asistencia médica necesaria.

Ahora bien, desde una perspectiva americana interesan dos instrumentos fundamentales, a saber, La Convención Americana sobre Derechos Humanos o “Pacto de San José de Costa Rica”³³ y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”.³⁴

En ambos existe una ratificación del compromiso regional de las naciones americanas con los derechos esenciales del hombre y un catálogo de los mismos, de lo cual es importante lo relativo al derecho a la vida, igualdad, no-discriminación, seguridad social e integridad personal que incluye aspectos psíquicos tanto como físicos.

En idéntico sentido encontramos la Declaración de los Derechos de la Mujer promulgada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 7 de noviembre de 1967 y que busca abolir cualquier forma de discriminación contra el género y la Declaración de los Derechos del Niño, promulgada por la Asamblea General, el 20 de noviembre de 1959, especialmente en materia de protección a la salud y al desarrollo de la infancia.

Incluso en materias distintas al tema exclusivo de derechos humanos, encontramos una tendencia a la lucha contra el VIH/SIDA, ejemplo de ello es que en noviembre de 2001, en Doha, la Conferencia Ministerial de la Organización Mundial del Comercio declaró que el Acuerdo sobre Derechos de Propiedad Intelectual de los Aspectos relacionados con el Comercio (ADPIC) debía interpretarse para apoyar la salud pública y permitir la anulación de patentes si era necesario para responder a emergencias tales como la epidemia de SIDA.³⁵

Pues bien, dentro de ese marco general de los derechos humanos, encontramos algunos instrumentos importantes en materia de VIH/SIDA. Ejemplo de ello es la Declaración de compromiso en la lucha contra el VIH/SIDA³⁶ que todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas aprobaron en junio de 2001, y por la que se comprometieron a ampliar la respuesta al VIH/SIDA en el marco de los derechos humanos, tratando temas financieros, humanitarios y de prevención y buscando efectivizar algunos com-

³² ONU. Asamblea General. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Aprobada por la Resolución 2200 A (XXI) 16 de diciembre de 1966. [online] www.un.org.

³³ Convención americana sobre derechos humanos suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos. (B-32) San José, Costa Rica. 7 al 22 de noviembre de 1969. [online] www.oas.org/juridico/spanish/tratados.

³⁴ Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Suscrito en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en el decimoctavo período ordinario de sesiones de la Asamblea General. [online] www.oas.org/juridico/spanish/tratados.

³⁵ Organización Mundial del Comercio. “Los ADPIC y la Salud Pública”. [online] 2001 www.wto.org

³⁶ Asamblea General. Declaración de compromiso en la lucha contra el VIH/SIDA. Resolución S-26/L2. de agosto de 2001. [online] www.un.org.

promisos regionales anteriores, entre otros, la alianza Pan caribeña contra el VIH/SIDA de 14 de febrero de 2001, El Programa de Acción de la Unión Europea: Aceleración de la lucha contra el VIH/SIDA, la malaria y la tuberculosis en el contexto de la reducción de la pobreza, de 14 de mayo de 2001, y la Declaración del Mar Báltico sobre la Prevención del VIH/SIDA, de 4 de mayo de 2001.

Igualmente las principales instituciones de las Naciones Unidas han desarrollado acciones múltiples para hacer frente al desafío del VIH/SIDA. El programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA (ONUSIDA) con sede en Ginebra (Suiza), constituye una empresa conjunta sin precedentes en el sistema de las Naciones Unidas. Fundada en 1995, garantiza la coordinación de las iniciativas en esta materia, facilita la planeación estratégica para la respuesta nacional a la epidemia, elabora actualmente un plan de acción común y formula recomendaciones sobre el reparto de las tareas que hay que poner en marcha.

Concretamente en Colombia el Plan Estratégico de Acción fue planteado en 2000-2003 por un grupo intersectorial de trabajo y busca consolidar la participación multisectorial, promover la participación social, y sobretodo, movilizar al sector privado en esta lucha, con el objeto de lograr metas concretas en la lucha contra la epidemia.³⁷

En este orden de ideas cobran especial importancia las *Directrices Internacionales sobre el VIH/SIDA y los Derechos Humanos*,³⁸ concebidas por primera vez en 1989 cuando el entonces Centro de Derechos Humanos y la OMS organizaron la Primera Consulta Internacional sobre el VIH/SIDA. Las Directrices fueron estatuidas en el seno de la Segunda Consulta Internacional sobre VIH/SIDA celebrada en Ginebra del 23 al 25 de septiembre de 1996, convocada por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y el Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA (ONUSIDA) a petición de la Comisión de Derechos Humanos. Estas disposiciones fueron publicadas oficialmente en 1998. Más tarde fueron actualizadas por última vez en julio de 2002 una vez la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y UNUSIDA convocaron un grupo de expertos para ello, lo cual se concretó en la Tercera Consulta Internacional sobre VIH/SIDA y Derechos Humanos.

El objeto de estas directrices es contribuir con una respuesta jurídica que permita lograr efectos prácticos en materia de tratamiento de la epidemia, así como en la protección de los derechos humanos y en la consecución de objetivos de salud pública. Busca así traducir normativas internacionales en eficaces acciones prácticas de la lucha contra el VIH/SIDA, brindando una orientación a los distintos Gobiernos en sus esfuerzos contra la enfermedad.

En síntesis se trata de doce directrices que contienen una orientación jurídica y práctica general y universal, tendiente a lograr cooperación internacional e interiorización normativa de los principales temas que se relacionan con el VIH/SIDA, como son la tutela a los derechos humanos, la salubridad pública, los intentos por disminuir los efectos negativos de la pandemia y reducir las nuevas infecciones.

³⁷ UNUSIDA. Plan Estratégico de la respuesta nacional ante la epidemia del VIH/SIDA. 200-2003, [online] www.col.ops-oms.org/ONUSIDA/planestrategico.htm.

³⁸ UNUSIDA. Directrices sobre el VIH/SIDA y los Derechos Humanos. [online] www.unaids.org.

En el contexto de estas directrices se ha puesto de presente el hecho de que la eficiencia en la protección de los derechos humanos no reporta solamente beneficios individuales, sino que es un factor importante para prevenir la propagación del virus, o al menos, reducir sus efectos adversos en la sociedad. Ello debe ir unido a una política fuerte de salud y acceso a medicinas, así como a prevención, que refuercen esa tutela de los derechos humanos.

Efectivamente la última revisión a las directrices versa específicamente sobre la sexta, y busca que exista una evolución en la legislación que permita acompasar los derechos humanos con el nuevo concepto del derecho a la salud, que en adelante habrá de incluir el acceso a tratamiento y la educación sobre VIH/SIDA. La preocupación giró entorno a que si bien existen avances científicos en materia de tratamiento y medicación, el acceso a ello es inícuo y escaso, razón por la cual, es necesaria la cooperación en el ámbito internacional, especialmente con los países más afectados, que en general son también los más pobres.

Dentro de las directrices vale la pena mencionar la décima que señala la necesidad de que no sólo el sector público sino también el privado adopten códigos de conducta sobre esta materia, evidenciando así la tesis propuesta relativa a que la respuesta no puede dejarse solamente en manos de los gobiernos y las organizaciones internacionales, sino que debe resultar de un esfuerzo mancomunado en el cual el sector empresarial constituye una parte importante.

En el ámbito europeo y, en general, a nivel regional en el mundo existen otros instrumentos relevantes, que sin embargo no se enunciarán en el presente estudio por desbordar el objeto del mismo.

2.2. MARCO JURÍDICO COLOMBIANO

2.2.1. *Marco constitucional y conceptual*

En el contexto del ordenamiento jurídico colombiano es preciso abordar el análisis de los derechos humanos en general, y la situación de los enfermos de SIDA en particular, empezando por un análisis de todo el marco no sólo normativo sino conceptual que brinda nuestra Constitución Política actual.

En ese orden de ideas, comenzaremos por establecer lo que el Estado Social de Derecho implica en el tema que nos compete. Pues bien, la base de esa concepción establecida en el artículo 1 de la Constitución Nacional, es precisamente la dignidad del hombre. Ésta es la razón de ser del Estado, es su legitimidad y también su finalidad. Todos los demás presupuestos invocados como pertenecientes a esta concepción de Estado tienen su razón misma en la persona humana, aunque no sólo considerada individualmente, sino al ser humano que forma la familia y que constituye la sociedad.

En esta tendencia encontramos en nuestra doctrina nacional intentos por profundizar en lo que es la *dignidad humana*, para hacer de esto, en consonancia con el resto del ideal constitucional, un concepto de contenido material. Así se ha señalado³⁹ que la dignidad humana tiene dos aspectos principales, uno personal o del hombre en sí

³⁹ HOYOS CASTAÑEDA, Ilva Myriam. "El respeto a la dignidad de la persona y los derechos humanos en la Constitución Política de Colombia". En: *Hermenéutica Jurídica, Homenaje al maestro Darío Echandía*. Ediciones Rosaristas, Bogotá, 1997, pp. 303-322.

mismo que comporta la idea de moralidad, y otro de juridicidad, que reconoce el hecho de que ontológicamente la persona tiene una dimensión jurídica natural de la cual son manifestaciones los derechos humanos.

Igualmente la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha precisado: *“La Constitución Política proclama que Colombia es un Estado Social de Derecho, esto es, un Estado democrático regulado por la ley, en el que priman los principios de igualdad, participación y pluralidad, y en el que el individuo se erige como epicentro de las acciones del Estado, las cuales serán legítimas en cuanto propendan por su bienestar y evolución, permitiéndole un desarrollo autónomo, singular e integral, el cual logra en la medida en que pueda, efectivamente, realizar sus derechos fundamentales”*.⁴⁰ Y, en igual sentido: *“De lo que se trata con la definición del Estado colombiano como un Estado social es de establecer que él tiene la obligación de asegurarle a los asociados unas condiciones materiales mínimas de existencia, lo que implica que debe intervenir con decisión en la sociedad para cumplir con ese objetivo”*.⁴¹

La importancia de lo reseñado radica precisamente en la relación entre conceptos como son el Estado social de derecho, la dignidad humana y los derechos humanos, pues con ello es evidente que si bien la Constitución Nacional propugna por su materialización y tutela, realmente ellos se erigen como fundamento de todo el sistema, como legitimidad y no sólo como fin del mismo.

Adicionalmente a ello, existen otros pilares del Estado social de derecho que se acompañan bien con este fundamento de la dignidad humana, entre ellos podemos reseñar el valor de la solidaridad que, en términos de Alejandro Martínez Caballero,⁴² se refleja en la función social que tienen derechos como el de propiedad, el trabajo y la empresa. Éste último punto nos interesa dentro de este análisis jurídico en la medida en que el sector privado dentro de la concepción social del Estado de derecho no es enteramente ajeno al ámbito público y no carece de responsabilidades en él. El fundamento mismo del sistema le impone enmarcar su actividad privada dentro de obligaciones que hagan de ella una fuente de bienestar general y de solidaridad.

Aunado con lo anterior, entendemos que la concepción del Estado social de derecho propugna por la prevalencia del interés general, la participación y el pluralismo, y porque exista una igualdad material y no meramente formal de las personas, proscribiendo cualquier tipo de discriminación negativa y dando lugar a la idea de que se debe tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales. Así, el propio artículo 13 constitucional propugna por la igualdad y busca protección de grupos marginados y discriminados.

En el mismo sentido, este constitucionalismo social amplía esa carta de derechos incluyendo las tres generaciones de ellos, y se erige no sólo en un protector de los mismos, sino en un prestador directo. Se entiende al Estado sólo en función del bienestar que pueda prodigar entre los asociados,⁴³ sin que con ello se quiera decir que nos encontremos frente

⁴⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-220 del 29 de abril de 1997. Magistrado Ponente: Dr. Fabio Morón Díaz.

⁴¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-579 de agosto 11 de 1999. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁴² MARTÍNEZ CABALLERO, Alejandro. “Estado Social de Derecho en la Constitución de 1991. En: *Hermenéutica Jurídica, Homenaje al maestro Darío Echandía*. Ediciones Rosaristas, Bogotá, 1997, pp. 97-111.

⁴³ VIDAL PERDOMO, Jaime. “Derecho Constitucional General e Instituciones Políticas Colombianas”. Legis, Bogotá, 1998. 7ª Edición, pp. 221-263.

a un Estado paternalista. La Corte Constitucional así lo ha precisado: *“La interpretación sistemática del principio fundamental del Estado Social de Derecho y de los preceptos constitucionales que lo concretan, permite concluir que dicho principio abarca, sin caer en el paternalismo o en el asistencialismo, contenidos tanto de participación en la prosperidad general, de seguridad frente a los riesgos de la vida en sociedad, de equiparación de oportunidades como de compensación o distribución de cargas”*.⁴⁴

Así, el derecho a la salud y a la seguridad, se enmarcan dentro del principio de solidaridad, de igualdad material y dentro de la categoría de derechos económicos, sociales y culturales -segunda generación-, que deben ser garantizados y tutelados al tenor de la Constitución Nacional y de todos los convenios internacionales suscritos en la materia y reseñados en el acápite anterior.

La Constitución Nacional ha sido catalogada como norma de normas, y de ese carácter se desprende su aplicabilidad directa, su eficacia inmediata y, se han desprendido mecanismos como la acción de tutela que buscan garantizar la eficacia de la carta de derechos establecida (art. 86 C.N.). Tal como lo sostiene el profesor Luis Carlos SÁCHICA, los derechos en nuestra Constitución tienen la virtualidad de ser “exigibilidades reales, inmediatas y garantizadas, traducidas en el equipamiento y dotación de medios materiales y jurídicos a sus potenciales titulares y usuarios para realizarlos. Es por ello que, a veces, son expresados como deberes u obligaciones directas del Estado o de otras personas y grupos [...]”.⁴⁵

De lo anterior resulta claro que la Constitución Nacional como norma que es, se erige en la primera fuente necesaria de mención, especialmente al reconocer los preexistentes derechos naturales de los hombres, constituirlos en derecho positivo y brindarles efectividad y protección.

Es nuestra Constitución una cláusula abierta en materia de reconocimiento de derechos humanos, hace parte de la tendencia de declaraciones de derechos,⁴⁶ y de ello es preciso señalar las normas aplicables a nuestro análisis, como son el artículo 1º de la Constitución Nacional, que proclama el Estado social de derecho, la dignidad humana y la solidaridad; el artículo 2º, que señala que entre los fines del Estado se encuentra el de promover la efectividad de los principios y derechos; y a su vez el artículo 5º de gran importancia puesto que reconoce que es incluso más importante que el mismo Estado la existencia de ciertos derechos inherentes a la persona, entendida ésta en su dimensión tanto individual como familiar.

Así sucesivamente encontramos el derecho a la vida (artículo 11), a la igualdad (artículo 13), al reconocimiento de la personalidad jurídica (artículo 14), a la intimidad personal y familiar y al buen nombre (artículo 15), al libre desarrollo de la personalidad (artículo 16), al trabajo (artículo 25), a la protección de la niñez (artículo 44), a la seguridad social y la salud (artículos 48 y 49), entre otros. Estos derechos se podrían vulnerar especialmente a los enfermos de SIDA por el ya mencionado contenido moral de la enfermedad. Pero estos derechos al tenor del propio artículo 95 constitucional imponen como correlato cier-

⁴⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1064 de octubre 10 de 2001. Magistrados Ponentes: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa y Dr. Jaime Córdoba Triviño.

⁴⁵ SÁCHICA, Luis Carlos. “Nuevo Constitucionalismo Colombiano”. Temis, Bogotá, 1994, undécima edición, p. 205.

⁴⁶ VIDAL PERDOMO, op. cit., p. 228.

tas cargas y obligaciones. Algunos de estos derechos han dado lugar a la categorización de derechos fundamentales y no pueden depender de una ley, por lo que son de aplicación inmediata (artículo 85 C.N.).⁴⁷

Por último es necesario señalar que la actividad aseguradora se establece como de interés público (artículo 335), y que la finalidad social del Estado comporta la prestación de servicios públicos (así los presten particulares), el mejoramiento de la calidad de vida y el bienestar general en varios aspectos, entre ellos la salud (artículos 365 y 366). El Dr. Sáchica resalta en su obra el especial interés en materia de seguridad social y recursos de este sistema tanto si la prestación está a cargo del Estado como si radica en el sector privado, en los siguientes términos: “interesa mucho hacer presente el derecho generalizado a la seguridad social, a cargo del Estado y los particulares, prestado por aquel o por estos, el que tiene carácter de “irrenunciable” y de servicio público, prestado bajo la dirección, coordinación y control de aquel, con sujeción a principios de “eficiencia, universalidad y solidaridad”, lo cual se pretende asegurar prohibiendo distraer los recursos financieros del sistema de seguridad a fines distintos”.⁴⁸

En este orden de ideas, es pues dable resaltar de manera especial que dentro del marco constitucional la Seguridad Social se erige en un servicio público obligatorio y derecho irrenunciable, que puede ser prestado por entidades públicas o privadas, pero siempre bajo el control del Estado. Igualmente la salud se constituye como servicio público a cargo del Estado, y debe incluir servicios de promoción, prestación y recuperación. Puede prestarse por entidades privadas pero sometidas a vigilancia y control. Es importante que se establezca el deber de toda persona de procurar el cuidado integral de su salud y de la comunidad en general, sobre todo tratándose de una epidemia como la del VIH/SIDA cuyos mecanismos de transmisión pueden controlarse adoptando políticas sexuales y reproductivas sanas.

2.2.2. Marco legal

Descendiendo en la jerarquía normativa y adentrándonos en el marco legal, debemos mencionar algunas leyes que si bien no tratan directamente el tema del VIH/SIDA, sí sientan las bases para tal regulación.

Encontramos pues las leyes 9 de 1979 “*Por la cual se dictan Medidas Sanitarias*” y 10 de 1990 “*Por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones*”, las cuales establecen que la salud es un bien de interés público y la prestación de servicios inherentes a ella, en consecuencia, será un servicio público. La primera de ellas, es el Código Sanitario Nacional, y fija los parámetros básicos mediante los cuales se desarrollan las diferentes actividades del campo de la salud, específicamente de las condiciones higiénico-sanitarias y las actividades de inspección, vigilancia y control. En el marco de estas leyes, las cuales tratan tangencialmente el tema epidemiológico, se expidió el Decreto 559 de 1991 “*Por el cual se reglamentan parcialmente las leyes 09 de 1979 y 10 de 1990, en cuanto a la prevención, control y vigilancia de las enfermedades transmisibles, especialmente lo relacionado con la infección por el VIH y el SIDA, y se dictan otras disposiciones sobre la materia*”.

⁴⁷ SÁCHICA, op. cit. p. 206.

⁴⁸ SÁCHICA, op. cit., pp. 213 y 214.

Si bien el Decreto 559 de 1991 fue derogado expresamente por el Decreto 1543 de 1997, se menciona aquí por su importancia como antecedente en la regulación del VIH/SIDA y porque muchas de sus disposiciones sirvieron de base para la segunda preceptiva.

Ahora bien, antes de entrar en el contenido de esa normativa específica para el VIH/SIDA, debemos mencionar otra que se relaciona con el tema y que nos servirá en su análisis. Así, encontramos la Ley 23 de 1981 o Código de Ética Médica, el cual cuenta con un capítulo específico sobre historia clínica, prescripción médica, secreto profesional y otras conductas, lo cual resulta relevante en la protección de los derechos humanos del paciente con VIH/SIDA. En especial, son importantes los artículos 34, sobre la historia clínica como documento privado y sometido a reserva, el 37, sobre secreto profesional médico y el 38 sobre casos de excepción al secreto profesional.

Evidentemente la Ley 100 de 1993 constituye el marco actual de la Seguridad Social en Salud, y de la prestación de los servicios, radicada ella en entidades públicas o privadas, por lo cual detenta gran relevancia en nuestro análisis. Podemos citar el artículo 2 y 4 que establece los principios a que habrá de sujetarse el servicio público de la Seguridad Social, entre ellos el de solidaridad, el artículo 3 sobre el derecho de todos los habitantes a esta prestación, el 6 sobre los objetivos, el 152 y 153 sobre el servicio como tal y el 162 sobre el Plan Obligatorio de Salud.

En materia de medicina prepagada y condiciones de su prestación son importantes los Decretos 1570 de 1993, 1486 de 1994 y 1938 de 1994.

Por último, encontramos algunas Resoluciones del Ministerio de Protección Social, concretamente la 8430 de 1993 sobre normas científicas, técnicas y administrativas para la investigación en salud; y, la 3186 de 2003 por la cual se procura mejorar la viabilidad financiera de las EPS en la medida en que se desarrolla un mecanismo de distribución de pacientes con VIH/SIDA e Insuficiencia Renal Crónica en el Régimen Contributivo, lo cual fue establecido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud en el acuerdo 245, tras ciertas consideraciones entorno a las enfermedades de alto costo y su impacto financiero y desviación del perfil epidemiológico.

De lo anterior puede evidenciarse la constante preocupación por la incidencia de la pandemia no sólo desde una perspectiva de salubridad pública, sino también como factor de incidencia financiera en materia de Salud y Seguridad Social.

Finalmente, cursa en el Congreso un Proyecto de Ley que busca crear mecanismos para mejorar la atención integral de la población que padece enfermedades de alto costo y en especial VIH/SIDA por parte del Estado colombiano.⁴⁹ Este Proyecto busca que el VIH/SIDA se establezca como una prioridad de salud pública, para que a través del Ministerio de la Protección Social, se articule un Programa Nacional con el cual se garantice el tratamiento integral a las personas infectadas, pero también un incremento en la promoción y prevención de la salud y una ampliación en el contenido del POS. Igualmente busca eliminar periodos de carencia, cuotas moderadoras y copagos a las prestaciones de pacientes con VIH/SIDA para dar mejor acceso a tratamiento. Por último se busca que exista un sistema centralizado de negociación de precios que permita

⁴⁹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Proyecto de Ley 073 de 2002, acumulado con los Proyectos 087 de 2002 y 185 de 2003 Cámara. Ponentes segundo debate Dr. Albino García Fernández y Dr. José Gonzalo Gutiérrez.

reducir los costos en la adquisición de medicamentos para esta enfermedad y otras formas de reducir el impacto económico. A continuación veremos en detalle, el contenido del Decreto 1543 de 1997, el cual contiene en detalle la regulación del tema del VIH/SIDA en nuestro país.

- Contenido del Decreto 1543 de 1997. Por el cual se reglamenta el manejo de la infección por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH), el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA) y las otras Enfermedades de Transmisión Sexual (ETS).

El Decreto cuenta con siete capítulos, correspondientes a: I. Campo de aplicación y definiciones, II. Diagnóstico y atención integral, III. La promoción, prevención, vigilancia epidemiológica y medidas de bioseguridad, IV. Investigación, V. Ejercicio de los derechos y cumplimiento de los deberes, VI. Mecanismos de Organización y coordinación, VII. Procedimientos y sanciones.

Se trata de una normativa bastante completa en la regulación del VIH/SIDA y rica en protección de los derechos humanos de los enfermos y de la comunidad en general. Para mayor claridad, nos permitimos reseñar los artículos del Decreto que resultan determinantes para efectos del objeto de estudio del presente artículo:

- El artículo 7 establece que la persona asintomática no tiene la condición de enfermo, cuestión determinante puesto que no será objeto de medidas que decreten su invalidez o su incapacidad de llevar una vida normal.
- El artículo 12 propugna por la garantía del derecho a la autodeterminación de las personas.
- El artículo 20 busca la protección del secreto profesional a favor del paciente y el amparo de reserva.
- El artículo 21 propugna por la protección a los seropositivos sobre pruebas exigidas para determinadas cuestiones.
- El artículo 30 continúa con esta línea tutelando la historia clínica.
- El artículo 31 establece las causas de relevo del secreto profesional.
- El artículo 37 consagra el derecho al consentimiento informado.
- El artículo 39 consagra la no-discriminación.

Para efectos de nuestro análisis el artículo 40 cobra especial importancia en la medida en que prohíbe expresamente la exigencia de pruebas diagnósticas para acceder a cobertura en salud, se trate de entidades de medicina prepagada, aseguradoras, promotoras o prestadoras de servicios de salud, sean públicas o privadas.

El Decreto constituye una importante fuente de reconocimiento y protección de los derechos humanos de las personas infectadas y de la comunidad, en especial por cuanto intenta profundizar en la situación de estas personas y regularla de una forma específica, teniendo como norte la dignidad, la igualdad, el derecho a la salud y la libertad. Sin embargo, a pesar de los esfuerzos y de la normativa con la que contamos, estos derechos se siguen vulnerando.

Ahora bien, viendo el Decreto en perspectiva y refiriéndolo al anterior, podemos evidenciar los avances que este supuso en distintas aristas. Ejemplo de ello puede ser el artículo 9 del 1543 correspondiente al 10 del Decreto anterior, el cual incluye, como parte de la atención integral en salud, los medicamentos requeridos para el tratamiento de la infección. Igualmente existe un avance en la necesidad de capacitación de la familia o del

responsable del paciente (artículo 11 del 1543), y en los casos en los cuales no es dable exigir una prueba de VIH/SIDA como condicionamiento (artículo 21).

Los artículos 42, 43, 44 y 45 suponen una respuesta a la tendencia de protección de los derechos de la persona, estableciendo que toda persona de la sociedad, no sólo los enfermos, tiene derecho a obtener información e instrucción sobre promoción, prevención y educación en aras de mejorar la salud de la persona y la familia. Derecho de contenido amplio y que surge como una obligación del Estado frente al ciudadano en materia de programas en salud. Igualmente, se establece el derecho de la persona enferma de tener acceso a toda la información necesaria sobre su estado de salud, así como de los procedimientos y tratamientos requeridos. Por último, encontramos el derecho a morir dignamente de cualquier persona que desee que el proceso de muerte siga su curso natural, pudiendo sin embargo, tener acceso a cuidados paliativos; y el derecho a escoger entre la inhumación o la cremación, sin que exista medida sanitaria obligatoria al respecto.

Por otra parte, se crea el Consejo Nacional de SIDA que busca respaldar y fomentar las acciones de promoción, prevención y control de la enfermedad, estableciendo una política general en esta materia, prestando asesoría en distintos proyectos y convenios internacionales y apoyando la búsqueda tanto nacional como internacional de fuentes financieras, entre otras funciones.

Finalmente, debe resaltarse que el propio Decreto señala ciertos deberes que van aparejados con los derechos del resto de la comunidad y que se concretan en evitar la propagación intencional de la epidemia. Deberes que de ser incumplidos son objeto de sanción mediante procedimiento establecido en el capítulo VII del mismo, sin perjuicio de otras consideraciones de orden penal.

2.3. CATÁLOGO DE LOS DERECHOS HUMANOS FRENTE AL SIDA

Teniendo en cuenta las fuentes normativas nacionales e internacionales señaladas a lo largo de este capítulo, procederemos a intentar realizar una especie de catálogo de los derechos humanos de las personas que viven con el VIH/SIDA y en general, de la situación de la comunidad frente a la enfermedad, en aras de poder determinar: ¿Cuáles son los derechos?, ¿cómo se violan? y, en últimas, ¿cómo se puede contribuir desde el sector privado y desde el mercado asegurador a su tutela?

Si bien haremos una mención general de los derechos humanos relevantes en cuanto al VIH/SIDA, procuraremos profundizar solamente en los que consideramos son trascendentes para el estudio en cuestión. Para efectos de delimitar el presente acápite, trataremos por separado los derechos que más nos interesan y los más constantemente violados; los demás se mencionaran conjuntamente y de manera muy breve.

De esta manera podemos establecer los siguientes derechos dentro del marco expuesto, basándonos para ello en las *Directrices Internacionales sobre VIH/SIDA y Derechos Humanos*, complementadas con la demás normativa reseñada en los acápites precedentes:

- Derecho a la vida y a la dignidad humana.
- Derecho a la igualdad, proscripción de la discriminación.
- Derecho a la salud, tanto física como mental.

- Derecho a la libertad y la seguridad personales.
- Derecho a la libertad de circulación.
- Derecho a la intimidad.
- Derecho a la libertad de opinión y expresión.
- Derecho a la libertad de asociación.
- Derecho al trabajo.
- Derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia.
- Derecho a la educación.
- Derecho a la seguridad, asistencia y bienestar social.
- Derecho a disfrutar de los adelantos científicos y sus beneficios.
- Derecho a participar en la vida pública y cultural.
- Derechos de las mujeres y los niños.

En algunos de estos existe un importante desarrollo que nos llevará a otros conceptos de especial relevancia para el presente análisis, como puede ser el consentimiento informado, la reserva médica, la autonomía del paciente, entre otros.

A continuación profundizaremos en el desarrollo de ciertos derechos específicamente relevantes para el tema el VIH/SIDA, tomados de las fuentes señaladas, las cuales no volveremos a mencionar en su totalidad en cada uno de ellos.

2.3.1. Derecho a la vida y a la dignidad humana

El más natural e importante de los derechos es éste que se refiere a la vida misma de las personas, fundamental en las sociedades actuales y de necesaria protección. La existencia misma de las personas legitima y justifica el ordenamiento jurídico, de lo cual se deduce su enorme trascendencia y su necesaria protección máxima en un Estado democrático de derecho. Se trata de un derecho de aplicación inmediata y directa, que en el marco de nuestro ordenamiento jurídico no se encuentra supeditado a una ley que lo desarrolle, sino que su titular cuenta con mecanismos que, como la tutela, buscan efectivizar este derecho ante cualquier violación o amenaza.

Ahora bien, el contenido del derecho a la vida no puede reducirse a la mera existencia física de la persona, de ahí que hayamos unido éste tema al de la dignidad humana, que complementa el anterior y le dota de una trascendencia moral y espiritual relevante. Reconocer al ser humano como integral y dotarlo de una necesaria dignidad tutelada, es la prioridad de un Estado de Derecho como el nuestro.⁵⁰

Es evidente que tanto nuestra Constitución, como los textos jurídicos internacionales, han fundamentado toda la construcción de los derechos humanos en la dignidad humana, que en este sentido se erige más en un principio que en un derecho.

La dignidad humana como principio rector nos lleva a entender que éste debe estar presente como componente teleológico en todas las actividades y relaciones que se enmarquen dentro del Estado, imponiendo necesariamente su prevalencia y su necesario respeto, especialmente en campos o situaciones vulnerables, como es la de la persona enferma.

⁵⁰ Así se evidencia desde el artículo 1 de la C.N., en el cual se destaca el principio de la dignidad humana como fundamento del Estado.

Nuestra jurisprudencia ha sido persistente en la protección de este derecho a la vida, a la dignidad e integridad de la misma, y su definición. Así encontramos verbi-gracia la Sentencia T-248 de 1998 de la cual se extracta: “La vida humana, en los términos de la garantía constitucional de su preservación, no consiste solamente en la supervivencia biológica sino que, tratándose justamente de la que corresponde al ser humano, requiere desenvolverse dentro de unas condiciones mínimas de dignidad. La persona conforma un todo integral y completo, que incorpora tanto los aspectos puramente materiales, físicos y biológicos como los de orden espiritual, mental y síquico. Su vida, para corresponder verdaderamente a la dignidad humana, exige la confluencia de todos esos factores como esenciales en cuanto contribuyen a configurar el conjunto del individuo”.⁵¹

Lo anterior cobra especial trascendencia si nos situamos frente a una persona que viva con el VIH/SIDA, en la cual se encuentran comprometidas *per se* esas condiciones de integridad física y moral a causa del contagio y la enfermedad, lo cual puede verse agravado con situaciones exógenas como puede ser una mala atención médica o una conducta discriminatoria.

Adicionalmente, debe verse que la vida es el presupuesto necesario para el ejercicio de los demás derechos esenciales del hombre, así lo ha reiterado la jurisprudencia nacional: “[...] encabezando el capítulo correspondiente a los derechos fundamentales, aparece el derecho a la vida (art. 11 C.P), caracterizado por ser el de mayor connotación, toda vez que se erige en el presupuesto ontológico para el goce y el ejercicio de los demás derechos, ya que cualquier prerrogativa, facultad o poder deviene inútil ante la inexistencia de un titular al cual puedan serle reconocidos”.⁵²

De esta manera, el derecho esencial a la vida es la base de los demás derechos, y goza, en relación con ellos, de prioridad en el ordenamiento. Su fundamento es de origen natural, pero el Estado ha de reconocerlo y protegerlo en forma absoluta.

En general se ha entendido que no existen derechos absolutos, en la medida en que ellos deben matizarse de forma que admitan el desarrollo de derechos y libertades de los seres que conviven en sociedad, sin que prevalezca el individuo. Sin embargo, tratándose del derecho a la vida y la dignidad humana, la doctrina ha propendido por su caracterización como derecho absoluto en la medida que es la base de todos los demás. Así por ejemplo, José Castán Tobeñas sostiene que: “En términos generales, la única excepción, muy acusada, a la limitabilidad de los derechos humanos es seguramente la nacida de la exigencia de que, en cualquier situación, dentro de la vida social civilizada, quede a salvo la condición del hombre como persona. Está por encima de los poderes del Estado la dignidad humana, en todos sus aspectos, físicos (o externos) y morales. Las necesidades de la convivencia y del todo social no pueden afectar jamás al hombre en su valor de persona, o sea, a su plenitud de hombre en cuanto tal hombre”.⁵³

⁵¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-248 de 26 de mayo de 1998. Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández.

⁵² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-271 de 23 de junio de 1995. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero.

⁵³ CASTAN TOBEÑAS, José. “Los Derechos del Hombre”. Reus S.A., 4ª Edición, Madrid, 1992.

Igualmente, se ha pronunciado la jurisprudencia nacional colombiana en este sentido: “La dignidad, como es sabido equivale al merecimiento de un trato especial que tiene toda persona por el hecho de ser tal. Equivale, sin más, la facultad que tiene toda persona de exigir de los demás un trato acorde con su condición humana. De esta manera, la dignidad se erige como un derecho fundamental, de eficacia directa, cuyo reconocimiento general compromete el fundamento político del Estado colombiano” (subraya fuera del texto).⁵⁴

No se profundizará más en las diversas aristas de la vida humana, que como concepto es en demasía amplia y susceptible de distintas formas y momentos de protección. Nos interesa el fundamento que brinda a los derechos humanos, especialmente tratándose de temas relacionados con la salud como el del VIH/SIDA.

En este punto es importante ver que esa concepción del derecho a la vida y la dignidad humana como fundamento del resto, cobra especial relevancia desde una perspectiva práctica, concretamente en nuestro derecho en el que existe un gran número de sentencias de tutela que han concedido el amparo aún de derechos que no son de aplicación inmediata, en virtud de la conexidad de estos con los referidos.

De esta manera, la Corte en reiteradas ocasiones ha dado lugar a la tutela de distintos derechos, entre ellos el relativo a la salud, por su estrecha relación con el de la vida humana, “la jurisprudencia constitucional le ha reconocido al derecho a la vida una fuerza expansiva capaz de conectarlo con otros derechos que, sin perder su autonomía, le son consustanciales. Bajo el entendimiento de que la vida de un ser humano además del hálito mediante el cual se manifiesta su supervivencia material, comprende las condiciones que la hacen digna [...]”.⁵⁵

Es de meridiana claridad pues, la primacía del derecho a la vida -en sentido genérico como lo entendemos aquí-, relacionada íntimamente con su necesaria protección y tutela de forma absoluta en todas aquellas situaciones que puedan comprometer su integridad, especialmente tratándose de estados de indefensión del titular, como puede ocurrir con los portadores del VIH o enfermos del SIDA.

2.3.2. Derecho a la igualdad, proscripción de la discriminación

El derecho a la igualdad es reconocido por toda la normativa internacional en derechos humanos, proscribiendo cualquier distinción basada en la raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

La Carta Internacional de Derechos Humanos así lo prescribe: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros” (art. 1); “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación” (art. 7).

La Constitución de 1991 establece en su artículo 13: “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y

⁵⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-062 de 4 de febrero de 1999. Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

⁵⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-304 de 19 de junio de 1998. Magistrado Ponente: Dr. Fabio Morón Díaz.

gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará las medidas a favor de grupos discriminados y marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

A partir de 1991 cobra especial importancia un concepto de igualdad material y sustancial, que complementa el de la igualdad formal ante la ley, el cual sin embargo no desaparece.

El contenido del derecho a la igualdad se bifurca de manera que se busca que exista por una parte igualdad en las posibilidades, derechos y deberes legales, y por otra que se materialice el fundamento material que no es otra cosa que la identidad entre desiguales. Es decir, se busca que todas las personas tengan igualdad en su posición jurídica ante la ley, pero también que se trate igual a personas en situaciones análogas y desigual a las personas en situaciones diversas.

Lo que en últimas se busca es que la igualdad trascienda el campo teórico y se ubique en un punto fundamental de la realidad, mejorando las condiciones de vida de los asociados.

En este orden de ideas, existe un trato diferente prohibido y uno permitido. Será prohibido y deberá tender a proscribirse aquel trato diferente que no tiene justificación alguna en diversidad de situaciones de las personas que son sujeto de ello, y que se basa más bien en consideraciones subjetivas y discriminatorias.

Habrán un trato diferencial permitido en la medida en que existan situaciones reales diversas que den lugar a ello, como es el caso de personas que se encuentren en condiciones más vulnerables o inferiores que otras. Allí el Estado deberá proteger la diversidad y darle prevalencia a quienes requieran especial cuidado.

En cuanto al tema de la discriminación encontramos en nuestra doctrina: “Hay discriminación injusta, no conforme a la dignidad del ser personal, si se da a diversas personas trato diferente motivado por alguna causa que no es una diferencia real que afecte al fundamento o a la razón del derecho o del deber respecto a la cual se establece la distinción de trato”.⁵⁶

El derecho a la igualdad se erige pues como fundamental, y se divide en dos partes importantes, el plano de la igualdad real y el relativo al trato igual para iguales y desigual para desiguales.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional así lo ha reconocido y reiterado en numerosas providencias, de las cuales pueden citarse: “La igualdad protegida por la Constitución no es matemática sino material. La igualdad debe ser entendida en sentido material o sustancial, apreciando la situación semejante o diferente entre grupos de personas, de tal manera que los desiguales sean tratados de manera desigual y los iguales de manera igual”.⁵⁷

⁵⁶ HOYOS CASTAÑEDA, op. cit., p. 304.

⁵⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1064 de octubre 10 de 2001. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

“Aceptada como principio y como valor, la igualdad no sólo exige que las leyes sean aplicadas a todos los casos que caen bajo sus supuestos de hecho, (igualdad ante la ley en sentido estricto), sino que implica también que la igualdad debe estar presente en la formulación del derecho”.⁵⁸ La no-discriminación es un pilar fundamental del principio y derecho a la igualdad, pues sólo se verificará éste ante la ausencia de aquella.

En concreto, en el tema que nos ocupa, el derecho a la igualdad y la proscripción de la discriminación cobran especial importancia. En efecto, las personas que viven con VIH/SIDA tienden a ser presa fácil de injusticias, desigualdades e iniquidades.

En aras de constatar ello, basta con pensar en todos los casos en que se maltrata a los enfermos por parte del personal sanitario, o por empleadores que niegan su posibilidad de trabajar, o en centros educativos, penitenciarios, y en general, en cualquier caso en que erróneamente se considera que estos son un peligro para la convivencia en sociedad.

La Corte Constitucional en nuestro medio, atendiendo a las prescripciones del artículo 40 del Decreto 1543 de 1997, y el Consejo de Estado,⁵⁹ han considerado incluso que la solicitud de pruebas de VIH como condicionamiento al acceso a servicios de salud, medicina prepagada y seguros, constituyen una violación al derecho a la igualdad. Así lo ha expresado dicha corporación: “La conducta asumida por la entidad aseguradora, es discriminatoria y no consulta los propósitos que rigen el Estado social de derecho fundado en el respeto a la dignidad humana, pues no se puede concebir bajo ningún argumento que el ser portador asintomático de VIH, sea una exclusión para adquirir un seguro de vida”.⁶⁰

En materia de seguros vale la pena dejar expuesto desde ahora que el Consejo de Europa, el parlamento Europeo, así como la OMS buscan que se prohíba a las compañías de seguros adoptar un tratamiento diferente para los sujetos seropositivos. Es decir, no permiten la discriminación en materia de seguros por enfermedad.⁶¹

Así la ausencia de discriminación exige que no puedan realizarse pruebas obligatorias como condicionamiento para acceder a cuestiones cotidianas de la vida social, verbigracia centros educativos, deportivos, actividades laborales o empresariales, establecimientos de salud, ni a servicios que toquen con la vida de las personas.

Internacionalmente también se fundamenta el derecho a la igualdad en la proscripción de la discriminación, y se menciona el tema de los seguros dentro de ello: “El derecho a la igualdad ante la ley y el derecho a tener, sin ningún tipo de discriminación, una igual tutela por parte de la ley, se viola, cuando la persona infectada o enferma de SIDA no goce del mismo derecho a tener un seguro, una casa, una educación con respecto a aquellos que no están infectados por el VIH”⁶² (subraya fuera del texto).

Por otra parte, es importante como base para evitar la discriminación aclarar ciertas condiciones de la persona que vive con VIH. Para empezar es claro universalmente,

⁵⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1287 de 5 de diciembre de 2001. Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁵⁹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección primera. 22 de febrero de 2001. Consejera Ponente: Dra. Olga Inés Navarrete Abrero.

⁶⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1165 de 6 de noviembre de 2001. Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

⁶¹ SANZ, VEGA, MARTÍNEZ, op. cit., p. 136.

⁶² SANZ, VEGA, MARTÍNEZ, op. cit., p. 172.

y nuestra legislación así lo recoge, que el portador asintomático de VIH no es una persona enferma, razón por la cual no puede ser excluida de las actividades que constituyen su vida normal (art. 7 Decreto 1543 de 1997). Adicionalmente, el enfermo de SIDA no puede ser aislado ni sometido a tratos crueles por su condición, en la medida en que no representa un peligro para la simple convivencia.

El problema de la discriminación si bien es un asunto de gran importancia en cuanto a los derechos humanos *per se*, también resulta determinante tratándose de efectos prácticos. Es evidente que el estigma y la discriminación abren paso a la difusión de la epidemia de VIH/SIDA, debido a que el temor al rechazo social y familiar hace que quienes están infectados nieguen su condición o guarden silencio entorno a ella, dificultando así la prevención y su propio tratamiento. Esto es evidente en la medida en que el VIH/SIDA está ligado a tabúes sociales, como el sexo, el homosexualismo, las drogas y la muerte.

Precisamente ese es el fundamento y la finalidad de muchas de las campañas mundiales de ONUSIDA, como la última de ellas denominada “vive y deja vivir”. Es claro que se persigue el reconocimiento de que las personas que viven con VIH/SIDA pueden llevar una vida completamente normal, y deben ser protegidos para ello, evitando la discriminación.

La discriminación de las personas viviendo con VIH/SIDA debe ser combatida desde las más variadas circunstancias. La discriminación social es tal vez, la más generalizada y posiblemente la de mas grave efecto en la psiquis de la persona. Esto se debe principalmente a que nos encontramos frente a una de esas enfermedades “vergonzosas o secretas”,⁶³ que generan rechazo social y culpabilidad particular, asociadas a condicionamientos sexuales y morales.

La propia Organización Mundial de la Salud ha establecido que se debe ayudar a los infectados para que no contribuyan a la difusión de la enfermedad, evitando cualquier forma de discriminación.⁶⁴

Igualmente debe trabajarse en aspectos como la discriminación laboral, debido a que el portador de VIH e incluso el enfermo de SIDA que no cuente con una incapacidad determinada, debe tener acceso a un trabajo en condiciones justas que le garantice su subsistencia digna. La discriminación escolar si bien debe ser proscrita, no puede ser entendida en términos absolutos en la medida en que ciertos condicionamientos pueden tener lugar en aras de tutelar los derechos de otros niños/jóvenes. Ejemplo de ello puede ser adoptar las medidas necesarias para evitar que los estudiantes tengan contacto sanguíneo. La discriminación penitenciaria y sanitaria debe erradicarse. En el último caso es importante que todos los casos se manejen como potencialmente peligrosos con el objeto de no bajar la guardia frente al virus y evitar su expansión.

En síntesis, el derecho a la igualdad, fundamental en nuestro Estado social de derecho, se torna indispensable para la garantía de la óptima calidad de vida y desarrollo de las personas viviendo con VIH/SIDA, así como también para la lucha contra la propagación de la epidemia, pues su vulneración conlleva la negación y el silencio, lo que se constituye en el escenario idóneo para su crecimiento desbordado.

⁶³ SANZ, VEGA, MARTÍNEZ, op. cit., p. 220.

⁶⁴ OMS Prohibición de la discriminación relacionada con los pacientes infectados por VIH o con SIDA, GPA. Copenhague, diciembre de 1988.

Es preciso proscribir todo tipo de discriminación de los enfermos y entender que en la lucha no están ellos solos, estamos todos.

2.3.3. Derecho a la salud, tanto física como mental

La salud es un concepto amplísimo que comprende varios elementos. Esencialmente se trata de un estado del ser humano en el que no se padece afección alguna, un estado de normalidad orgánica y funcional, tanto física como psíquica.

El derecho a la salud comprende pues los elementos necesarios para mantener esa condición de normalidad funcional y orgánica, así como los relativos a la recuperación y conservación del mismo en caso de enfermedad. Sin embargo, la Organización Mundial de la Salud, ha entendido que además de no estar enfermo, la salud como concepto amplio es un estado óptimo de bienestar psicológico, biológico y social.

El derecho a tener el más alto nivel posible de salud física y mental, propugnado por los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, comprende no sólo la atención, asistencia médica y tratamiento, sino también y especialmente la prevención y el acceso a medicamentos.

De esta manera, es evidente la estrecha relación entre la salud y el bienestar de las personas, lo que compromete su dignidad y en algunos casos, según la afección, su vida.

De acuerdo con nuestra Constitución Nacional, la salud es un servicio público a cargo del Estado y comprende los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Adicionalmente, establece como deber el que cada persona procure el cuidado de su propia salud y la de su comunidad (artículo 49).

En consecuencia, la conexidad entre la salud y la vida resulta determinante en nuestro ordenamiento jurídico, así lo ha reiterado la doctrina y jurisprudencia. “La protección a la salud se impone para la sociedad como una actividad ineludible de un Estado moderno; a éste le compete la tutela de la salud de los ciudadanos. La persona es el centro del derecho y la vida es el supremo derecho del hombre; es el primero de sus derechos porque es el presupuesto de la existencia y este es un hecho individual”.⁶⁵

El derecho a la salud se erige como un derecho fundamental cuando comporta un riesgo para la vida, es decir, cuando la relación entre estos dos conceptos se torna inescindible de forma que atentar contra la salud implica atentar contra la vida misma. Pero desde otra perspectiva, el derecho a la salud se erige como asistencial o prestacional en la medida en que requiere ciertas acciones concretas que lo desarrollen como servicio público, cumpliendo los preceptos constitucionales y legales que rigen este tipo de prestaciones. Ello incluye buscar el acceso a tratamiento médico, hospitalario y farmacéutico.

Nuestra jurisprudencia ha señalado claramente esta diferencia en los siguientes términos: “[...] esta Corte, a lo largo de su jurisprudencia ha distinguido dos connotaciones; de una parte, la salud adquiere el rango de fundamental cuando está en riesgo el derecho a la vida u otro derecho fundamental, por ende susceptible de amparo a través de la tutela, y de otro lado, cuando no está en conexidad con otros derechos, adquiere el carácter de prestacional y puede ser exigible a través de otros medios de

⁶⁵ GHERSI, Carlos. “La Relación Médico Paciente en la responsabilidad civil”. Edit. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Medellín. 1ª edición, p. 78.

defensa [...]”⁶⁶ por tanto “la frontera entre el derecho a la salud como fundamental y como asistencial es imprecisa y sobre todo cambiante, según las circunstancias en cada caso (C.N. art. 13), pero en principio, puede afirmarse que el derecho a la salud es fundamental cuando está relacionado con la protección a la vida”.⁶⁷

Como consecuencia del carácter fundamental por su conexidad con la vida que se le ha reconocido, el derecho a la salud ha sido susceptible de protección por medio del mecanismo judicial de la tutela, lo que ha contribuido a propugnar por la defensa de los intereses de las personas que se encuentran en una situación grave como los enfermos en general, y las personas que conviven con el VIH/SIDA en particular (PVVS).⁶⁸ La tutela se ha constituido como un instrumento esencial para aquellas personas que requieren tratamientos costosos que de otra forma les habrían sido negados, pruebas diagnósticas u otros servicios requeridos, inclusive en situaciones en que ellos no se encontraban contemplados en el POS o en casos de mora del empleador en aportes a la seguridad social.⁶⁹

Ahora bien, en cuanto al carácter prestacional de este derecho nos es preciso recordar que hace parte de los que se han denominado “derechos sociales, económicos y culturales”, los cuales no gozan de aplicación inmediata, sino que requieren una estructura legislativa y financiera del Estado que permita a la población acceder a ellos. Por ello, no son demandables como pretensión subjetiva, son derechos programáticos y dependerán de las posibilidades presupuestarias y de la infraestructura que exista para su prestación. No por ello carecen de relevancia, ya que el Estado Social de Derecho debe propender por la prestación de estos servicios y encuentra su razón de ser en ellos mismos; es sólo que requieren de un trámite intermedio. Sin embargo, ellos pueden tornarse en derechos fundamentales de aplicación inmediata en virtud de la conexidad que exista con derechos que cuenten con esta naturaleza jurídica, como ocurre con el derecho a la salud respecto del derecho fundamental a la vida o a la vida digna.⁷⁰

Tras esta breve reseña del derecho a la salud, debemos precisar que en el tema del VIH/SIDA este detenta una gran trascendencia, en la medida en que el derecho a la vida está por lo general inmerso en los asuntos de las personas que viven con el virus. De ahí el hecho de que hiciéramos hincapié en la importancia de la conexidad entre la salud y la vida, en aras de lograr tutela judicial. También reseñábamos la importancia del Estado en materia de salubridad, como prestador y encargado de la misma.

⁶⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-204 de febrero 28 de 2000. Magistrado Ponente: Dr. Fabio Morón Díaz.

⁶⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-484 de agosto 11 de 1992. Magistrado Ponente: Dr. Fabio Morón Díaz.

⁶⁸ Personas viviendo con el VIH/SIDA. Exclusiones del POS: COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-449 de 4 de mayo de 2001. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁶⁹ Mora del empleador en los aportes: COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1068 de agosto 16 de 2000. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Exclusiones del POS: COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-449 de 4 de mayo de 2001. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁷⁰ Ver sentencias: COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-111 de 6 de marzo de 1997. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz; Sentencia SU-562 de 4 de agosto de 1999. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero. T-304 de junio 19 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. Fabio Morón Díaz.

En este sentido es necesario que veamos que las personas viviendo con VIH/SIDA son un grupo marginado y discriminado que requiere protección especialmente de su vida y salud, además del compromiso de los Estados de crear condiciones que cumplan esa finalidad.

Para cumplir con ello, y garantizar estos derechos, debería profundizarse en la prevención, educación y apoyo; así como en la posibilidad de acceder a preservativos, material de inyección inocuo, pruebas diagnósticas con asesoría tanto previa como posterior y suministro seguro de sangre y hemoderivados.

En esa misma dirección es necesario que haya cobertura médica para las PVVS, y en especial, acceso a medicamentos e inclusive a tratamientos paliativos. Al respecto debemos remitirnos a lo dicho por nuestra Corte Constitucional, para luego concretar un poco el tema farmacéutico.

“La salud y la vida no se afectan solamente cuando se está al borde de la muerte ni es ese el único instante en que hay que proceder a atenderlas. No; ante la salud afectada, aunque no haya esperanza de recuperación definitiva, al paciente deben facilitársele los medios que le procuren alivio o mejoramiento, porque de esa manera se le garantizan mejores condiciones de existencia”.⁷¹

Es claro que esto es trascendental si nos enfrentamos a la realidad del VIH/SIDA que aunque es incurable, tiene posibilidades de tratamiento que permiten que las personas infectadas lleven una vida relativamente normal en condiciones dignas y que gocen de una buena salud dentro de las posibilidades de su condición de seropositivos.

El acceso a tratamiento es reconocido en el mundo como parte esencial del derecho al más alto nivel posible de salud consagrado en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención sobre los Derechos del Niño.

La actualización de las *Directrices Internacionales sobre el VIH/SIDA y los Derechos Humanos*, que versó sobre la sexta de ellas, se basó en la consideración de que aun cuando ha existido un avance en materia de terapia antiretroviral y medicación para el VIH/SIDA, el acceso a ella no se ha establecido de forma correcta. Han quedado por fuera los países no desarrollados, que son los que más sufren con la pandemia, y en general los grupos más vulnerables a ella.

El esfuerzo por extender la cobertura farmacéutica es necesario, pues como se ha dicho el acceso a tratamiento es determinante para hacer efectivo el derecho a la salud, tanto como la atención y el apoyo a los pacientes.

Esto ha sido recogido por nuestra legislación, tal como se deduce de la lectura del artículo 9 del Decreto 1543 de 1997 que versa sobre la atención integral en salud y que incluye dentro de ésta “los medicamentos requeridos para controlar la infección por el VIH y el SIDA, que en el momento se consideren eficaces, para mejorar la calidad de vida de la persona infectada”.

⁷¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-304 de 19 de junio de 1998. Magistrado Ponente: Dr. Fabio Morón Díaz.

2.3.4. *Derecho a la libertad y seguridad personales*

El derecho a la libertad está consagrado ampliamente, y en las más diversas aristas, tanto en la normativa internacional como en la interna. La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 1 establece: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos [...]”, y en su artículo 3 prescribe: “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por su parte, en su artículo 9 sostiene: “Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales”.

Nuestra Carta Política en los artículos 13 y 28 establece de la misma manera el derecho a la libertad. Este derecho implica la posibilidad natural y necesaria de todo ser humano de tomar sus propias decisiones y ejecutarlas como considere, así como autodeterminarse y obrar según los postulados de su razón. Existen diferentes aristas, como pueden ser las libertades de expresión, locomoción, opinión, culto, pensamiento, reunión, entre otras, de las cuales sólo abordaremos las que más se relacionen con el tema en cuestión.

A pesar de estar consagradas constitucionalmente y que el Estado busque garantizar estas libertades individuales, no por ello puede considerarse que se trate de un derecho absoluto. La libertad de los particulares debe en todo caso respetar el límite que le imponen las libertades de los demás y las normas de conducta que rigen la vida en comunidad. En nuestro ordenamiento jurídico es claro que los particulares pueden hacer todo excepto lo que les esté expresa y jurídicamente prohibido.

En consecuencia, cualquier restricción a la libertad individual debe tener un fundamento jurídico, no puede tratarse de una limitación arbitraria, ni discriminatoria. Debe haber legitimidad en ello.

La libertad como concepto polifacético que es, sirve de base al sistema constitucional, es una idea de clara estirpe liberal e individualista. Ahora bien, centrándonos en materia jurídica podríamos acoger el planteamiento de Castán Tobeñas en los siguientes términos: “Pero lo que ahora nos interesa es la libertad en sentido jurídico, como poder o facultad de obrar, fundado en la misma naturaleza del hombre, como necesario para el cumplimiento de sus fines, y reconocido por el Derecho en su regulación del orden de las relaciones sociales. Tiene esta libertad significación distinta a la de la libertad metafísica o natural, aunque no sea extraña a esta última e independiente de ella. La libertad es inseparable de la persona humana y, consiguientemente, del Derecho”.⁷²

Se propone así esa idea de la libertad como un derecho natural, intrínseco e inherente al ser humano, de necesaria regulación por las leyes que rigen la vida en sociedad, conectado necesaria y directamente con el derecho que debe buscar su tutela y determinar las posibilidades de su limitación.

En este sentido, la libertad sólo puede materializarse si existen condiciones de seguridad que lo permitan, de ahí que el Doctor Vladimiro Naranjo sostenga que “de poco o nada sirve la libertad, si no se tiene seguridad; es esta la condición a partir de la cual las libertades pueden hacerse efectivas”.⁷³

⁷² CASTAN TOBEÑAS, op. cit. p. 78.

⁷³ NARANJO, op. cit., pp. 520-521.

La protección del Estado se erige en el elemento necesario para el ejercicio de las libertades individuales, al dotarlas de la seguridad requerida para su ejercicio. Sólo de esta manera pueden los asociados desarrollarse plenamente dentro de un marco constitucional respetuoso de sus libertades.

Dentro de este concepto general de libertad, llegamos al tema del libre desarrollo de la personalidad, que puesto en relación con el VIH/SIDA, resulta determinante. La libertad en general y la posibilidad de desarrollarse de esta manera, no pueden verse menoscabadas por el hecho de que una persona se haya infectado con el virus. Es necesario que estas personas puedan desarrollarse lo mejor posible, tengan autonomía en sus decisiones, puedan moverse, pensar, difundir información y ser respetadas en su dignidad y libertad por parte de toda la comunidad, especialmente por quienes traten con su salud.

Nuestra Constitución en su artículo 16 es clara al establecer que las únicas limitaciones al libre desarrollo de la personalidad pueden ser las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico. Pues bien, el hecho de que una persona se infecte con el VIH no implica per se una amenaza para la vida en comunidad, salvo que se actúe irresponsablemente y se contagie a otros. No existen así, razones de salud pública que justifiquen una limitación a la libertad como puede ser el aislamiento de los pacientes con el virus o la prohibición de acceder a escuelas, lugares de trabajo o recintos cerrados. Tampoco puede restringirse la libertad de locomoción ni la posibilidad de viajar de país a país o de residir en el que la persona escoja.

De hecho es beneficiosa, y así se ha entendido a nivel mundial, como medida preventiva de salud pública, la participación de las personas viviendo con VIH/SIDA dentro de la comunidad. El aislamiento innecesario e injustificado además de ser violatorio de los derechos humanos, en especial del derecho a la libertad personal, constituye un obstáculo para la prevención en la medida en que se hace del tema un tabú y se consigue que los grupos no marginados se sientan seguros y bajen la guardia frente a la enfermedad.⁷⁴

Específicamente, el principio de libertad y autonomía de la persona debe estar inmerso en los más variados aspectos de la vida, uno de ellos es la actividad médica. La medicina ha dejado de ser paternalista y ha buscado que prime la autonomía del paciente, en consideración a la necesaria concepción de que la persona puede disponer de su cuerpo, de su vida e incluso de su muerte en condiciones dignas.⁷⁵

La autonomía del paciente es una orientación necesaria dentro del tratamiento médico, entendiendo éste en un sentido amplio que comprenda la fase de diagnóstico, la de tratamiento y rehabilitación. Esta autonomía supone la posibilidad de que el paciente pueda, como regla general, negarse a recibir determinado tratamiento. En nuestro me-

⁷⁴ SANZ, VEGA, MARTÍNEZ, op. cit. p. 69.

⁷⁵ "Uno de los derechos personalísimos de mayor importancia y trascendencia es el de disposición de su propio cuerpo y el derecho a la vida y a la muerte digna o dicho en otros términos el derecho humano fundamental del no sufrimiento como parte de una vida digna, desde el momento que adquiere jurídicamente el dominio de sí, hasta su último acto la disposición sobre su vida y respecto de su cadáver post mortem, verbigracia el derecho de cremación" (GHERSI, Carlos. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Medellín. 1ª edición, p. 21).

dio puede extractarse esto de la declaración de principios contenida en el artículo 1 de la Ley 23 de 1981, y en general de la jurisprudencia nacional que así lo ha reiterado.⁷⁶

De esta manera abordamos el campo del acto y de los tratamientos médicos, dejando claro que en principio ellos se fundan en la autonomía y voluntariedad del paciente. Así ocurre en otras latitudes, verbigracia España,⁷⁷ excepción hecha de que exista un peligro inminente para terceros, lo que claramente no es el caso del VIH/SIDA.

Ahora bien, actualmente el SIDA representa una amenaza en virtud de su carácter contagioso. Además existen alternativas terapéuticas para su manejo -no para su cura-. Sin embargo, el no acogerse a ellas no puede agravar más el riesgo ya existente, razón por la cual no existe justificación para incluir a esta enfermedad dentro del carácter de tratamiento obligatorio, vulnerando los derechos humanos de quien la padece. Lo que sí debe y puede hacerse es, mediante los cauces ordinarios, propugnar porque se prevenga el contagio y se acceda, de desearlo, a medidas de asistencia médica y farmacológica.

La autonomía tiene una manifestación especial en el derecho de los pacientes en general, y de los portadores y enfermos con VIH/SIDA en particular, pues deriva en un concepto esencial de la bioética, el cual se ha llamado consentimiento informado.

De conformidad con el Decreto 1543 de 1997, el consentimiento informado se define como: "Manifestación libre y voluntaria, que da una persona por escrito luego de la consejería preprueba, con el fin de realizarle el examen diagnóstico de laboratorio para detectar la infección por VIH, el cual deberá consignarse en la historia clínica". Sin embargo, consideramos que esta noción cercena otras aristas, mucho más amplias de esta importante figura, lo cual se explicará a continuación.

El consentimiento informado encuentra sus fuentes en la dignidad de la persona, en su autonomía y libertad, y supone la posibilidad de elegir lo que mejor considere para su salud, teniendo para ello información suficiente. El consentimiento es la manifestación de voluntad del paciente de acceder a determinada intervención, teniendo en cuenta que esto se aplica tanto para la fase de diagnóstico, como para el tratamiento e incluso para la investigación científica; de ahí que resulte demasiado simplista restringirlo a la prueba de detección del VIH, cuando además de ella existen otras ocasiones en que se requiere.

La información es determinante en la medida en que partimos de que la experiencia y el conocimiento radican en cabeza del galeno y no del paciente. Por lo tanto es imprescindible que la información que se suministre sea completa, se ajuste a la verdad y, sobre todo, sea entendible para la persona, teniendo en cuenta sus condiciones subjetivas. Sólo así podrá existir un verdadero consentimiento de la persona. Es importante resaltar que el médico no debe manipular al paciente en ningún sentido ni ocultarle información, así medien consideraciones humanitarias, ya que la decisión debe ser libre, consciente y autónoma. Igualmente debe comunicarse la situación de la

⁷⁶ "La autonomía supone el reconocimiento de la dignidad humana por parte del Estado y de la sociedad, la cual impone tratar al individuo como un sujeto moral, que tiene el derecho de decidir entre diversos tratamientos médicos cuál le conviene más, sin que ni el Estado, ni de la sociedad, puedan imponerle uno, independientemente del estado mental en el que se encuentre. En efecto, de la condición mental del paciente no se puede concluir que no tenga derecho a elegir a cuál de los tratamientos se somete". (COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-850 de 10 de octubre de 2002. Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil).

⁷⁷ SÁNCHEZ Caro, Javier: "Derecho y SIDA". Mapfre. Madrid, 1995, pp. 9 a 11.

manera más objetiva posible, incluyendo riesgos, ventajas y posibles procedimientos o alternativas.

Ahora bien, en materia de VIH/SIDA, el consentimiento informado debe ser analizado en tres etapas, a saber, la del diagnóstico de la infección, la del tratamiento y la de la investigación.

Sobre la primera de ellas podemos decir que existe lo que se ha denominado el problema del test universal, es decir, el planteamiento de si puede realizarse una prueba de detección del virus sin el consentimiento de la persona o de forma sistemática. Pues bien, la respuesta por parte de la Organización Mundial de la Salud, ONUSIDA, los diferentes gobiernos y las ONG relacionadas con derechos humanos ha sido enérgica y unánime. Se ha considerado inadmisibles esta posibilidad en la medida en que viola las más arraigadas concepciones de la dignidad y los derechos humanos, y además, puede conducir a un efecto práctico adverso pues se discriminaría más y se prevendría menos.⁷⁸ Además, dado el carácter incurable de la enfermedad sería como obligar a conocer la fatalidad.

En especial esta determinación ha resultado importante en el marco del derecho del trabajo, en la medida en que ningún empleador puede obligar a sus trabajadores a someterse a la prueba como condición para acceder o permanecer en su cargo. Tampoco puede ser requisito para acceder a servicios de salud, a centros educativos, deportivos, sociales o de rehabilitación, o cualquier otra actividad. Así ha quedado plasmado en el artículo 21 del Decreto 1543 de 1997. Ahora bien, se hace una salvedad y es la relativa a los donantes en bancos de órganos, componentes anatómicos y líquidos orgánicos, así como bancos de sangre y hemoderivados, pues allí la prueba es obligatoria, como medida de bioseguridad.

Realmente se ha tendido a promover el testeo voluntario de las personas, especialmente de las mujeres embarazadas pues en este caso la detección del virus puede permitir un tratamiento que evite la infección del feto. Para ello deben crearse condiciones fáciles de acceso al diagnóstico, garantizando la confidencialidad de los resultados y una consejería pre y post prueba y teniendo siempre en cuenta que el portador de VIH no es enfermo hasta que no se manifieste el SIDA.

Esto resulta relevante para el acceso a seguros de enfermedad y a empresas de medicina prepagada, aseguradoras, promotoras y prestadoras de salud, en las cuales no es posible exigir pruebas como condicionamiento al acceso a cobertura en salud.

En cuanto al tratamiento y la investigación es evidente que se requiere el consentimiento informado previo. Es claro que el VIH/SIDA no puede ser objeto de tratamiento obligatorio por las razones expuestas, salvo que existiera un peligro para terceros como sería el caso de una persona infectada que desarrolle tuberculosis. Pero la regla general es la autonomía del paciente.

Por último en casos de incapacidad del paciente siempre existe el deber de informar a su familia (artículo 1, numeral 2, Resolución 13437 de 1991, Ministerio de Salud. Colombia). La doctrina así lo señala: "El paciente debe manifestar su consentimiento, bien sea de manera personal o que le sea más allegada, en los casos en que no pueda hacerlo directamente (minoridad, inconsciencia, alteración mental). Este consentimiento-

⁷⁸ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS). Resolución WHA 45.35 de 14 de mayo de 1992.

to, otorgado para el acto médico, será válido en la medida en que se obtenga de una persona bien informada. El médico tiene la obligación de mantener al paciente permanentemente informado y la información debe ser completa y precisa, siempre que sea posible darla”.⁷⁹

Hemos visto pues cómo la libertad y autonomía de la persona que vive con VIH/SIDA son trascendentales y deben ser respetadas en las más diversas circunstancias, sean ellas relativas al tratamiento médico, diagnóstico, a su locomoción, a su seguridad, a su pensamiento y expresión y sobre todo a la toma de decisiones determinantes para su vida.

2.3.5. Derecho a la honra y la intimidad

El tema que abordaremos se fundamenta en el reconocimiento de que parte de la dignidad humana está constituida por la integridad moral, la honra y el respeto a su intimidad.

La honra puede ser definida como el sentimiento o la conciencia de la dignidad propia, así como el más valioso atributo que puede tenerse frente a las demás personas y de cuyo reconocimiento depende la estima que se le tenga al individuo.⁸⁰

La intimidad por otra parte, conectada con el derecho a la honra, implica la discreción que debe gozar la persona en su vida, en su familia y domicilio, así como, su derecho al buen nombre y a la confidencialidad de su información. El Estado debe propender por tutelar estas condiciones.

Es prácticamente universal el hecho de que se consagre el necesario respeto a estos derechos. La Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 12 establece dicha protección en los siguientes términos: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”. En el mismo sentido, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos consagra en su artículo 17: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación [...]”.

La Carta Magna colombiana cuenta con dos artículos que tienden a efectivizar la protección a estos derechos, a saber, el 15 y el 21. El primero de ellos establece: “Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas [...]”. El segundo consagra el derecho a la honra.

Es evidente que nuestro ordenamiento jurídico establece como derechos fundamentales de las personas los relativos a la intimidad, honra y el habeas data, y tiende a su protección. En torno al VIH/SIDA se ha discutido el alcance de este derecho pues hay quienes consideran que la defensa de la confidencialidad puede resultar inconveniente para la salud pública.

⁷⁹ GUZMÁN MORA, Fernando. “La Práctica de la Medicina y la Ley”. Biblioteca Jurídica DIKÉ, 1ª edición, p. 32.

⁸⁰ NARANJO, op. cit., pp. 504-505.

De otra parte esta la defensa de los derechos de las PVVS, a las cuales se les debe garantizar su derecho a la intimidad específicamente en la medida en que para el VIH/SIDA no existe cura y es una enfermedad que genera gran hostilidad social.⁸¹

Esto nos conduce necesariamente al tema del secreto profesional y la historia clínica como manifestaciones de este derecho a la intimidad, que cobran relevancia en materia de VIH/SIDA y que en el sistema colombiano, interpretado de forma integral, se encuentran regulados bajo la consideración de que no son absolutos y pueden admitir limitaciones.

La jurisprudencia nacional propugna por la defensa del derecho a la intimidad del paciente y por la reserva de la información sobre el estado de salud, en los siguientes términos: “Las personas tienen derecho a mantener en reserva la información relativa a su estado de salud. Existe pues un derecho a la intimidad en materia médica, que es lo que explica que el ordenamiento prevea instituciones como la inviolabilidad del secreto médico y de la historia clínica, tal y como esta Corte lo ha destacado en numerosas ocasiones. Y esta protección a la reserva de lo que podríamos denominar el dato médico encuentra una clara razón de ser en un orden constitucional fundado en la dignidad humana y en la autonomía de las personas ya que la divulgación de ciertas informaciones sobre la situación clínica de una persona puede someterla a discriminaciones y obstaculizar su libre desarrollo”.

De esta manera, la Ley 23 de 1981 consagra el secreto profesional de forma genérica en su artículo 37: “Entiéndese por secreto profesional médico aquello que no es ético o lícito revelar sin justa causa. El médico está obligado a guardar el secreto profesional en todo aquello que por razón del ejercicio de su profesión haya visto, oído o comprendido, salvo en los casos contemplados por disposiciones legales”. El artículo subsiguiente consagra sin embargo las excepciones a ese secreto profesional en distintos casos.

La doctrina ha establecido que el secreto “es la reserva sobre lo oculto, por medio del cuidado y del sigilo. Ahora bien, oculto es aquello que no está en evidencia pública, pero que existe en el interior personal de alguien o de algunos y que, de una u otra manera, es un aspecto íntimo, en unos casos, o simplemente privado en otros”.⁸²

En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia: “En realidad, lo comprendido por el secreto no es tan significativo desde el punto de vista jurídico como la necesidad de que permanezca oculto para los demás. Aquí se revela una faceta peculiar del secreto profesional y que consiste en servir de garantía funcional a otros derechos fundamentales, entre los que se destaca el derecho a la intimidad, a la honra, al buen nombre”.⁸³

En materia de VIH/SIDA el artículo 32 del Decreto 1543 de 1997 establece el deber de confidencialidad que debe regir la actividad médica de todo el equipo de salud. El artículo 34 por su parte permite la revelación del secreto profesional por razones de carácter sanitario a la persona infectada, en aquello que estrictamente le concierne y

⁸¹ ROMERO, Guido Mauricio. “Aspectos Jurídicos relacionados con la infección por el VIH”. En: Revista Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario Nova et Vetera. Volumen 87, número 565, octubre de 1994.

⁸² HERRERA JARAMILLO, Francisco. “De la responsabilidad civil médica”. Ediciones Rosaristas. Biblioteca Jurídica DIKÉ. Bogotá, 1995.

⁸³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-264 de junio 13 de 1996. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

convenga; a sus familiares si la revelación es útil al tratamiento; a los responsables de la persona si es menor de edad o mentalmente incapaz; a los interesados por considerar que se encuentran en peligro de infección, al cónyuge, compañero permanente, pareja sexual o su descendencia; a las autoridades judiciales o de salud competentes en los casos previstos por ley.

Ahora bien, en materia de VIH/SIDA se genera una obligación especial de informar a la pareja sexual y al equipo médico tratante a fin de evitar la propagación de la enfermedad. Igualmente está la obligación de información epidemiológica la cual debe ser confidencial. Estas obligaciones sin embargo deben ser ejecutadas conforme a los preceptos de dignidad humana y respeto por la intimidad personal.

Es relevante la consideración de que una excepción al secreto profesional se constituya cuando a juicio del galeno, exista peligro de contagio para otros miembros de la comunidad como equipo médico y pareja sexual. Si bien esta posibilidad es plausible legalmente, lo más aconsejable es que exista una adecuada consejería que conduzca a que la persona infectada voluntariamente comunique su situación a las personas que puedan estar en riesgo de ser contagiadas, así lo ha reiterado la Organización Mundial de la Salud.⁸⁴

Otra manifestación de este derecho es la información que debe ser consagrada en la historia clínica. La ley 23 de 1981 y el Decreto 1543 de 1997 han establecido: "La historia clínica es el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente. Es un documento privado, sometido a reserva, que únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos por la ley".

La doctrina ha señalado que se trata de "la relación ordenada y detallada de todos los datos y conocimientos, tanto anteriores, personales y familiares, como actuales, relativos a un enfermo, que sirve de base para el juicio acabado de la enfermedad actual".⁸⁵

La reserva de este documento detenta gran importancia para los pacientes con VIH/SIDA por las razones ya señaladas, y por cuanto hace parte del derecho a la intimidad y buen nombre. En este sentido se ha dicho: "El derecho a conocer y solicitar una historia clínica, desde el análisis constitucional, está ubicado no en el derecho fundamental al acceso a los documentos públicos, artículo 74 de la Constitución, sino en el ámbito del derecho a la intimidad, derecho consagrado en el artículo 15 de la Carta, ya que se trata de una información privada, que sólo concierne a su titular, y excluye del conocimiento a otras personas, así sean éstas, en principio, sus propios familiares".⁸⁶

En síntesis, si bien el derecho a la intimidad y el honor no es absoluto, en el caso del VIH/SIDA es especialmente relevante tender a su protección, en pro de los derechos de la persona infectada y del hecho de que sólo si se garantiza la confidencialidad, la comunidad estará dispuesta a acceder a pruebas y tratamientos de esta enfermedad.

⁸⁴ Prevención de la transmisión sexual del VIH, serie 6, 1990; Declaración de la Asamblea sobre la notificación a la pareja para la prevención de la transmisión del VIH, GPA, Enero de 1989.

⁸⁵ FERREYRA, Roberto. "Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina". Ed. Biblioteca Jurídica DIKE. Medellín.

⁸⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-650 de 2 de septiembre de 1999. Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

3. IMPACTO FINANCIERO DEL SIDA

El presente capítulo aborda la perspectiva relativa a que el VIH/SIDA comporta una tragedia a escala mundial que no se limita a un tema de salud pública, sino que cada vez más se va extendiendo como un problema económico y financiero a niveles macro y micro, sumado a los incontables costos humanos.

En este orden de ideas, entraremos al tema del impacto de la pandemia en la sociedad en general, en las empresas en particular y, específicamente, en la industria aseguradora, no sin antes hacer una salvedad tendiente a reseñar la dificultad encontrada en la búsqueda de la información financiera, ya que en nuestro país no existe una verdadera cultura en este sentido.

Es posible que lo anterior se deba también a que el tema del VIH/SIDA se ha relegado y subestimado en nuestro medio por una confianza ingenua en la expansión moderada de la enfermedad. Por consiguiente, hace parte de nuestro objetivo en este acápite evidenciar que el tema del VIH/SIDA tiene una incidencia importante, pero que sobre todo, va a tener consecuencias nefastas a menos que nos hagamos conscientes del mismo y trabajemos en su erradicación. Por ahora quedémonos con esta reflexión: Conocemos las causas del SIDA, su forma de transmisión, los grupos de mayor amenaza, sus efectos mortales inevitables, su mayor expansión en el subdesarrollo y sin embargo, en el mundo, en el último año se infectaron cinco millones de personas, ¿entonces, no será un tema digno de abordar con todos los miembros de la sociedad incluyendo el sector privado?, ¿no será que los esfuerzos no deben limitarse al sector público?

Veremos que la solución está en la lucha mancomunada, incluso de un sector en el que puede haber efectos más directos como es el asegurador. La respuesta inicial al VIH/SIDA provino del sector público, pero con el tiempo se evidenció que ello era insuficiente, el sector privado ha visto su impacto.

No en vano la Organización Mundial de la Salud ha dicho que las empresas son aliadas importantes en la lucha contra el VIH. Realmente hoy en día el sector privado es más consciente de la posibilidad de verse afectado y de la necesidad de acción, pero aún hace falta progresar en esta materia, tal como se estableció en el Informe del Foro Económico Mundial publicado con motivo del Día Mundial del SIDA de 2003, que se basó en encuestas realizadas a 8.000 empresarios de 103 países y en el que se concluyó que la respuesta de estos es insatisfactoria por no considerar el impacto significativo del VIH/SIDA en sus costos operativos. El director ejecutivo de ONUSIDA, Peter Piot sostuvo: “El SIDA es una amenaza para la estabilidad económica y social del mundo, no sólo del África subsahariana. Este informe refleja la necesidad urgente de que los empresarios tomen medidas desde ahora”.

De esta manera vemos que el impacto se da incluso en países con baja prevalencia de la infección, además porque es claro que ella pueda estar presente mucho antes de ser reconocida, ejemplo de esto es el problema del subregistro que tenemos en Colombia, al cual se hizo alusión en el primer acápite de este trabajo.

No podemos pues sesgar el tema, es necesario priorizarlo a fin de que haya una respuesta efectiva a él.

3.1. IMPACTO MACROECONÓMICO DEL VIH/SIDA

Teniendo en cuenta que el VIH/SIDA es un virus que afecta principalmente a personas en la etapa más productiva de la vida, es decir, entre los 15 y los 50 años de edad, y que prácticamente la mitad de las infecciones ocurre antes de los 25, con lo que la muerte llega alrededor de los 35 años de edad, será claro que su efecto en el ciclo productivo y en la economía de los Estados en general, puede llegar a ser devastador.

En efecto el caso Africano no siendo el único pero sí el más grave, ha servido como punto de referencia para analizar los efectos financieros del VIH/SIDA. Por lejana que nos parezca esa realidad es preciso ser conscientes que el VIH/SIDA no discrimina y no cesa en sus alcances, al punto tal que en Colombia nos encontramos donde estaba el continente africano hace 10 años. La tendencia es creciente sobre todo en países como el nuestro, en vías de desarrollo. Cabe recordar que el 95% de las personas afectadas vive en países en vías de desarrollo, donde la atención es más limitada. Incluso se ha señalado textualmente que América y el Caribe es otra región que está sufriendo una epidemia grave y hay datos que indican que las infecciones tienden al alza.⁸⁷

Incluso, vale la pena reseñar que los países desarrollados han tenido mejoras en sus tasas de mortalidad por la efectividad de su prevención, y sin embargo, siguen teniendo que afrontar subepidemias en expansión, correspondientes a su población más pobre.⁸⁸ El VIH/SIDA y la pobreza son una mezcla letal.

No es fácil llegar a predecir cuál va a ser el efecto económico del VIH/SIDA. Sin embargo, estudios de ONUSIDA y del Banco Mundial, se esfuerzan por dilucidar el panorama, como veremos a lo largo de este acápite.

El impacto mencionado referente a que el SIDA afecta principalmente a las personas jóvenes, es decir, en el momento más productivo de sus vidas desde todo punto de vista, ha llevado a establecer que uno de sus principales efectos es disminuir la esperanza de vida y con ello revertir progresos alcanzados anteriormente en esta materia. Ejemplo claro de ello es el caso africano donde la esperanza de vida de 62 años pasó a 47 debido a la influencia del SIDA y se estima que las defunciones de personas entre 15 y 34 años de edad se multiplicarán por 17 en relación con lo que hubiera sido en ausencia de la enfermedad.⁸⁹ En países con más baja incidencia se reduce este indicador, pero no desaparece.

Adicionalmente a este factor de la esperanza de vida, es claro que el impacto se extiende en los más variados órdenes de la vida en sociedad, pues afecta la familia, el sistema sanitario, el mercado empresarial, e incluso los resultados generales de los países.

Dentro de las familias, además de los estragos psicológicos de la enfermedad, en muchas ocasiones se produce la disolución de las mismas debido a casos como el de la muerte de los padres. Pero esto no es todo, durante el tiempo en que se ven abocados a

⁸⁷ ONUSIDA, THE PRINCE OF WALES INTERNATIONAL BUSINESS LEADERS FORUM Y CONSEJO EMPRESARIAL MUNDIAL SOBRE EL VIH/SIDA: "La respuesta empresarial al VIH/SIDA: Impacto y enseñanzas aprendidas". Ginebra y Londres, 2002. [online] www.unaids.org.

⁸⁸ OMS: "Informe sobre la salud en el mundo 2003, forjemos el futuro. Capítulo 3 VIH/SIDA: Resistir a un agente mortífero". [online] www.who.org.

⁸⁹ ONUSIDA. "Informe sobre la epidemia mundial de VIH/SIDA 2002. El Impacto Creciente". [online] www.unaids.org.

afrontar la enfermedad, sufren una merma en sus condiciones económicas, lo que los lleva incluso a deshacerse de sus bienes para atender los gastos médicos, hospitalarios, farmacéuticos y fúnebres a que haya lugar. Las investigaciones han establecido que, a manera de ejemplo, la pérdida del padre de familia, supone una disminución de la renta mensual de aproximadamente el 80%.⁹⁰ En últimas los excesivos costos económicos, sumados a la necesidad de atención de las personas enfermas por parte de sus familias, que por ende tendrán menor disponibilidad de buscar posibilidades económicas, logran un empobrecimiento general de la familia.

Debido a esta situación familiar, en muchos casos es preciso que los menores abandonen la vida escolar ante la dificultad de costearla, o porque se requiere su colaboración en el sostenimiento del hogar. Esta situación, vista desde una perspectiva macroeconómica, incide ampliamente en el nivel de educación de una nación y de preparación de sus miembros.

Por último, en Tanzania por ejemplo, se evidenció que incluso el consumo de alimentos se redujo en un 15% debido a la influencia del VIH/SIDA en los miembros de la familia, alterando las condiciones de salubridad.

Lo anterior nos conduce a tocar someramente el tema del sistema sanitario que puede verse duramente afectado por la pandemia. El VIH/SIDA supone un costo adicional considerable para los sistemas de salud de los países por varias razones, a saber, porque se trata de una epidemia creciente y mortal, que afecta personas en etapas productivas que pueden incapacitarse y dejar de cotizar o aportar al sistema, convirtiéndose en una carga, bastante onerosa por cierto, para el mismo.

El costo del tratamiento, sin contar con los esfuerzos de prevención que también están a cargo del sistema sanitario, es muy alto, especialmente en países pobres que deben importar la totalidad de los medicamentos. En Colombia, por ejemplo, se estima que un paciente con VIH/SIDA puede costar entre 12 y 20 millones de pesos al año.

Sin embargo, los costos en todo el mundo varían según el número de personas que requieren los servicios, la clase de atención y los medicamentos necesarios, pues como hemos visto la enfermedad presenta varias fases y puede suponer la presencia de infecciones oportunistas. De hecho, la aparición del VIH/SIDA ha supuesto la reaparición de otras enfermedades que se consideraban erradicadas, verbigracia la tuberculosis. En la Unión Europea se estima que el costo anual de un paciente para el año 2000 era de 3400 dólares en las fases iniciales de la enfermedad.⁹¹

Debe tenerse en cuenta que los costos del tratamiento son tan sólo la punta del iceberg en materia financiera puesto que la terapia antiretroviral no supone sólo medicamentos sino una infraestructura asistencial suficiente para que pueda ser administrada de forma correcta a los pacientes. No se trata solamente de entregar la medicina, sino de asistir a la persona y realizar una exhaustiva labor de seguimiento del estado de salud. Esto supone acceso a pruebas de carga viral. Pero ahí no termina el asunto, pues

⁹⁰ ONUSIDA. "Informe sobre la epidemia mundial de VIH/SIDA 2002. El Impacto Creciente". [online] www.unaids.org.

⁹¹ ONUSIDA. "Informe sobre la epidemia mundial de VIH/SIDA 2002. El Impacto Creciente". [online] www.unaids.org.

existe otro rubro determinante y es el correspondiente a la prevención, el cual no puede relegarse en la medida que es el único que puede realmente tener incidencia en las cifras de contagio.

La prevención a su vez tiene distintos componentes entre los que se incluye la educación, los preservativos, las pruebas diagnósticas voluntarias, la seguridad de la sangre y los hemoderivados, la bioseguridad y la prevención materno-filial.

Los esfuerzos de la OMS son incesantes en la búsqueda por un acceso a prevención y tratamiento integrales, por bajar los costos, por lograr cobertura y un ejemplo de ello es la propuesta de 3 millones para 2005, es decir, suministrar tratamiento antiretroviral a 3 millones de personas infectadas para el año 2005.

En esta tendencia es necesario resaltar los logros del Brasil, que es uno de los pocos países en donde existe acceso universal y gratuito a la atención del VIH/SIDA, y donde en consecuencia, se ha logrado desestigmatizar la enfermedad. La OMS ha señalado: "Aunque no es fácil demostrar una relación de causalidad, las proyecciones realizadas hace más de 10 años, cuando se predijo que el Brasil sufriría una epidemia que se propagaría rápidamente, no se han confirmado".⁹²

Situación bastante distinta a la del resto de América Latina, donde los sistemas de salud no han logrado estos avances en VIH/SIDA. Ya veremos la situación en nuestro país.

Finalmente, hemos de llegar al tema de la incidencia del VIH/SIDA en el mercado productivo de las naciones, en el cual se destaca un estudio elaborado por el Banco Mundial donde se analizan los efectos económicos de largo plazo del VIH/SIDA, específicamente para el caso de Sudáfrica,⁹³ interesantes para los efectos de este capítulo pues establecen predicciones de lo que podría ser el mundo sin luchar contra el SIDA.

El estudio señala como principal conclusión el evidente colapso que en tres generaciones podría sufrir la nación sudafricana de no buscar otras salidas. Nos interesa, especialmente, reseñar que el informe sostiene que el SIDA no solamente destruye el capital humano, sino que, al afectar a los adultos jóvenes debilita el mecanismo a través del cual el conocimiento y las habilidades son transmitidos de generación en generación, pues los niños víctimas del SIDA quedan sin uno o sus dos padres, para amarlos, criarlos y educarlos.

Eso hace que el colapso macroeconómico sea inminente, sostienen los autores,⁹⁴ debido a que así es como funciona la economía en el largo plazo y esas son las expectativas que se frustran a causa del SIDA. Para contenerlo, proponen (i) gastar en medidas que contengan la enfermedad y tratar las infecciones, (ii) asistir a los huérfanos para que puedan atender a escuelas y educarse y; (iii) crear impuestos para financiar lo anterior.

El estudio considera que el efecto del SIDA ha sido subestimado, ya que los efectos en el largo plazo, son mucho peores de lo creído e incluso devastadores. Todo esto se

⁹² OMS. "Informe sobre la salud en el mundo 2003, forjemos el futuro. Capítulo 3 VIH/SIDA: Resistir a un agente mortífero". [online] www.who.org.

⁹³ BELL, Clive; DEVARAJAN, Shantayanan; GERSBACH, Hans. "The Long-run Economic Costs of AIDS: Theory and an Application to South Africa". June 2003. World Bank. [online] www.who.org.

⁹⁴ BELL, Clive; DEVARAJAN, Shantayanan; GERSBACH, Hans: "The Long-run Economic Costs of AIDS: Theory and an Application to South Africa". June 2003. World Bank. [online] www.who.org.

sinetiza en la consideración de que el capital humano es la fuerza que mueve la economía y ésta es la que se ve afectada por el VIH/SIDA. Se convierte en un círculo vicioso, pues se debilita el mecanismo que genera la formación de nuevo capital humano que reemplace al anterior al menoscabar el acceso a la educación.

Habiendo visto las consideraciones de ese estudio, debemos tomar su idea central que es el impacto tan grande que causa un agente que afecta el capital humano a nivel macroeconómico. Efectivamente, esa es la razón para que el SIDA se erija en una amenaza de grandes magnitudes para el sector productivo de los países y en un lastre para la salud y la seguridad social.⁹⁵

Desde la perspectiva macroeconómica del mercado, es evidente que el VIH/SIDA incide en las operaciones empresariales reduciendo el ahorro, la inversión y los servicios en la medida en que las ganancias se canalizan hacia la atención en salud y la muerte prematura de las personas, con lo cual la renta disponible y el ahorro se reducen considerablemente. Al afectar el capital, reduce la producción y la inversión y frena el crecimiento económico. Esto ocurre sobre todo en mercados que no constituyen servicios básicos, los cuales dependen de ese excedente de las familias restante de su subsistencia básica.⁹⁶

En síntesis, existe una reducción de la mano de obra, así como de la disponibilidad de recursos y ahorro para inversiones, con lo cual hay un aumento de los costos productivos de las empresas, y por ende un efecto general en prácticamente todos los sectores de la economía, pues las empresas no trabajan en forma aislada sino que se interrelacionan entre sí.

Por último, según el mencionado estudio, puede existir un desestímulo a la inversión extranjera en estas condiciones, aumentando los problemas económicos de las naciones.

Si bien en el informe se ha presentado un enfoque de países con prevalencias de VIH/SIDA muy altas, no por eso debemos desconocer que la incidencia en otras latitudes tiende a crecer y puede producir, así sea en menor medida, los mismos efectos que hasta aquí se han planteado.

En todo caso, la incidencia económica no es unívoca y por tanto quedan preguntas por responder en todo sentido. Así se ha planteado en el marco de la Organización Mundial de la Salud, en donde se establece que los estudios deben ser multidisciplinarios y deben tender a aspectos diversos. Por ejemplo, surgen estos cuestionamientos: ¿Qué consecuencias sociales tendrá el fenómeno de los niños huérfanos?, ¿en qué medida la desaparición de los padres puede conllevar a la extensión de conflictos armados y otras patologías sociales?, ¿qué ocurrirá con la falta de profesionales cualificados en diversas ciencias?, ¿qué ocurrirá en la salud?. Las dudas son infinitas.⁹⁷

⁹⁵ IZAZOLA LICEA, José Antonio: "El Sector Privado y su Movilización contra la Pandemia del SIDA". Fundación Mexicana para la Salud (FUNSALUD) e Iniciativa Regional sobre SIDA en América Latina y el Caribe. [online] www.sidalac.org.mx.

⁹⁶ ONUSIDA, THE PRINCE OF WALES INTERNATIONAL BUSINESS LEADERS FORUM Y CONSEJO EMPRESARIAL MUNDIAL SOBRE EL VIH/SIDA: "La respuesta empresarial al VIH/SIDA: Impacto y enseñanzas aprendidas". Ginebra y Londres, 2002. [online] www.unaids.org.

⁹⁷ OMS. "Informe sobre la salud en el mundo 2003, forjemos el futuro". Capítulo 3 VIH/SIDA: "Resistir a un agente mortífero". [online] www.who.org.

3.2. IMPACTO DEL VIH/SIDA EN EL ÁMBITO DE EMPRESA

Aunado con lo anterior, referente al capital humano y a la menor disponibilidad de recursos en los mercados, en el ámbito de empresa, el VIH/SIDA incide fundamentalmente en dos aspectos a saber, la productividad y el aumento de los costos.

La productividad puede verse afectada básicamente por una reducción en la mano de obra (absentismo), por la rotación constante de personal y en general por la desorganización empresarial, causadas por la aparición del VIH/SIDA en las empresas.⁹⁸

Sin pretender hacer un análisis exhaustivo del funcionamiento interno de las empresas, sí queremos reseñar aspectos que pueden afectarlas y que son causados por la enfermedad. Ejemplo claro de ello es la incidencia en el capital humano, en la mano de obra. Los empleadores en cuyas empresas existe una incidencia de VIH/SIDA pueden ver menoscabada la continuidad en la producción y el control en la calidad de su producto o servicio. Adicionalmente, se verá sujeto a cambios constantes de personal para reemplazar a quienes se enfermen, lo que en últimas puede interferir con el correcto funcionamiento del negocio, perdiendo clientes y reduciendo las utilidades.

El reemplazo de personal de una forma constante, puede afectar en la medida en que la capacitación debe hacerse cada vez que llegue alguien nuevo, perdiendo el tiempo invertido anteriormente. Esto produce desorganización al interior de la empresa, sin contar además con el efecto psicológico de la enfermedad que le impedirá al empleado desarrollar su labor de la mejor forma posible.

La solución dista mucho de ser la que se ha dado. La discriminación y las pruebas obligatorias, en un momento determinado podrían verse como una opción, pero esa es una perspectiva de corto plazo. Siempre estará latente la posibilidad de que se infecten quienes aparecen sanos en un momento determinado. La respuesta a nivel macro es más efectiva, de ahí que las empresas sean llamadas a colaborar en ello.

Adicionalmente a esa baja laboral de los empleados, está el problema del aumento de los costos, que se puede dar desde las más variadas aristas, verbigracia, los costos para buscar y capacitar nuevo personal, para erigirlo en mano de obra cualificada; el aumento de primas de los seguros de vida empresariales y de cotizaciones a fondos de pensiones por la incapacidad o muerte anticipadas, los costos de asistencia sanitaria e incluso los funerarios. A manera de ejemplo todo ello puede incidir en las empresas, claro está que estos factores varían según el negocio, el tamaño y el objeto de la compañía.

Lo interesante es ver cómo las empresas se pueden ver afectadas y por ello deben ser partícipes en la lucha contra el VIH/SIDA, no sólo por razones humanitarias sino por cuestiones de productividad.

3.3. IMPACTO DEL VIH/SIDA EN COLOMBIA. MERCADO ASEGURADOR

Dentro del contexto general hasta aquí propuesto respecto a la incidencia macroeconómica y de empresa que genera el VIH/SIDA, debemos situarnos en nuestra condición particular.

⁹⁸ ONUSIDA, THE PRINCE OF WALES INTERNATIONAL BUSINESS LEADERS FORUM Y CONSEJO EMPRESARIAL MUNDIAL SOBRE EL VIH/SIDA: "La respuesta empresarial al VIH/SIDA: Impacto y enseñanzas aprendidas". Ginebra y Londres, 2002. [online] www.unaids.org.

3.3.1. *Costos financieros del VIH/SIDA en Colombia*

Colombia es un país que aún tiene una incidencia moderada del VIH/SIDA, con lo cual, los costos humanos y económicos no han sido en manera alguna similares a los reseñados en el continente africano.

De esta manera, sin ser devastador el impacto ha sido sin embargo notorio y es muy preocupante hacia el futuro. Prueba de ello, es la preocupación cada vez mayor del gobierno por buscar herramientas que le permitan hacer frente a la pandemia y dar una mejor atención a la población enferma, por ejemplo en el tema de acceso a medicamentos. El tema se ha ido filtrando tímidamente en el sector público, sin ser suficiente y casi no ha trascendido al sector privado. Esto es lo más grave, pues todavía hay una negación y una estigmatización del tema.

Se estima que en Colombia tenemos entre 220.000 y 400.000 casos de personas viviendo con el VIH/SIDA, de las cuales solamente 9.000 tienen acceso a terapia antiretroviral. El número de casos es menor al de otras regiones pero es demasiado alto teniendo en cuenta que hoy en día tenemos pleno conocimiento de las formas de contagio y de las posibilidades de prevención. Realmente hay un problema en esta materia, así como en el acceso a tratamiento y atención.

Es el momento para tomar decisiones, pues más adelante se convertirá en un grave problema nacional. Esta es una tendencia mundial, la prevención es la única salida real al problema.

La dificultad central radica en que el SIDA es una enfermedad de alto costo y en Colombia no ha existido una buena política en el manejo de recursos, lo más grave es que no se ha invertido en prevención.

Es cierto que actualmente Colombia entró a la tendencia mundial de la búsqueda de acceder a medicamentos contra el VIH/SIDA a costos más bajos, esto es muy importante siempre y cuando no se pierda el norte. El norte, es ver que los medicamentos mejoran la calidad de vida de las personas y alargan sus probabilidades pero no curan el VIH/SIDA, de esta manera lo que se está combatiendo son los efectos, pero no las causas, ya que éstas sólo se erradican con prevención. De lo contrario, la enfermedad seguirá su curso.

Analizaremos las Cuentas Nacionales en VIH/SIDA para Colombia,⁹⁹ que hacen parte de un proyecto regional que busca establecer cómo se han manejado los costos financieros en cada país, pues tan importante como contabilizar el número de enfermos, es saber cómo se responde a ellos. El proyecto se fundamenta en que al ser el VIH/SIDA una enfermedad de alto costo y de tasas potenciales de crecimiento inimaginables, la desorganización haría que ningún país tuviera el presupuesto necesario para hacer frente a la pandemia. Se trata pues de una cuestión financiera y de buen registro de los recursos.

Las Cuentas Nacionales en VIH/SIDA arrojaron importantes conclusiones para nuestro país, las cuales se reseñarán en este aparte.

⁹⁹ Fundación Mexicana para la Salud (FUNSALUD), Iniciativa Regional sobre SIDA para América Latina y el Caribe (SIDALAC), Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA (ONUSIDA), Ministerio de Salud de Colombia: Cuentas Nacionales en VIH/SIDA, Colombia, 1999-2001.

Primero veremos quienes atienden los costos del VIH/SIDA en Colombia. Para empezar debemos hacer alusión al Sistema de Seguridad Social en Salud, el cual cuenta con un régimen contributivo y uno subsidiado. Ambos por igual incluyen dentro del Plan Obligatorio de Salud (POS) coberturas en diagnóstico inicial de la enfermedad, tratamiento con antiretrovirales incluidos en la lista de medicamentos esenciales y tratamiento de infecciones oportunistas. Se excluye el examen de carga viral y de niveles CD4, es decir, el seguimiento de la enfermedad. Este es un punto preocupante pues no puede tenerse certeza del correcto funcionamiento de la terapia antiretroviral.

Además de este inconveniente, se señala que el suministro de los medicamentos es deficiente e inoportuno, que en muchas ocasiones debe ser ordenado por vía de tutela, y ello ha llevado a que se genere una resistencia a los antiretrovirales por su inadecuada administración. Como se ve, es un problema latente.

De esta manera las Empresas Promotoras de Salud (EPS) y las Administradoras del Régimen Subsidiado (ARS) son una primera fuente de financiación de la enfermedad. Ellas a su vez requieren de un reaseguro de enfermedades de alto costo que cubra ese riesgo. Este reaseguro sin embargo, no se ha logrado expandir y por ello fue necesario adoptar una forma de redistribución de esos pacientes, evitando así la posible selección adversa e igualando las condiciones de las administradoras.

Por otra parte, para la población pobre no asegurada (no afiliada al SGSSS), existen ciertos subsidios del gobierno a la oferta (hospitales usualmente públicos), en aras de brindar atención, entre otras enfermedades, al VIH/SIDA.

Otra fuente de financiación importante la constituye el gasto privado de los colombianos que pueden, gracias a sus condiciones económicas, acceder a planes complementarios o a seguros de salud, o que incluso, llegan a asumir directamente los costos de los medicamentos o de laboratorio.

Por último existirían otros partícipes, que sin embargo, no son de mayor trascendencia en nuestro país en cuanto al porcentaje de su ayuda, como son algunas ONG y entidades externas.

Ahora bien, hasta aquí hemos visto las fuentes de financiación de la enfermedad, ahora buscaremos analizar cifras en esta materia, no sin antes acotar que existe un problema serio en materia de recolección de la información financiera. Así se lee textualmente en el estudio en comento: "No es frecuente que las distintas entidades, sean ellas públicas o privadas, lleven una estadística precisa que les permita identificar cuáles han sido los flujos financieros que les ha representado responder al VIH/SIDA".¹⁰⁰ Pues bien, tan cierto es ello que para la recolección de información dentro de mercado asegurador, nos vimos expuestos a una situación análoga, lo que dificultó la elaboración de una cuantificación de impacto de la pandemia, sobre lo cual volveremos en el siguiente acápite.

Viendo el caso colombiano, se evidencia que el gasto total en salud como porcentaje del PIB es de 10.2%, del cual solamente un 0.44% representa el gasto en VIH/SIDA. En 2001 se invirtió en VIH/SIDA alrededor de \$101.977.5 millones de pesos corrientes,

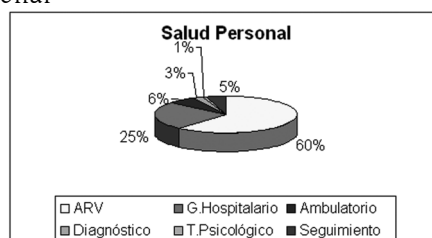
¹⁰⁰ BELL, Clive; DEVARAJAN, Shantayanan; GERSBACH, Hans: "The Long-run Economic Costs of AIDS: Theory and an Application to South Africa". June 2003. World Bank. [online] www.who.org.

cifra que se ha mantenido en términos generales y que sólo ha visto cierta reducción por una parte en la disminución de costos de medicamentos (que sin embargo no es muy notoria pues paralelamente ha incrementado el número de casos), pero por otra debido a la crisis general de la economía en estos años.

En cuanto a la distribución del gasto total en VIH/SIDA, se evidencia una conclusión que resulta muy preocupante: El 80% va a salud personal y solamente el 20% a prevención y promoción de la salud. Pero este último rubro en un 50% corresponde a condones, lo que implica que la promoción y prevención, valga recordarlas como únicas medidas efectivas para que no se propague más la pandemia, sólo corresponden a un 10% del gasto total en salud.

Los gastos de la salud personal se constituyen de la siguiente manera:

Gráfico 4. Salud personal

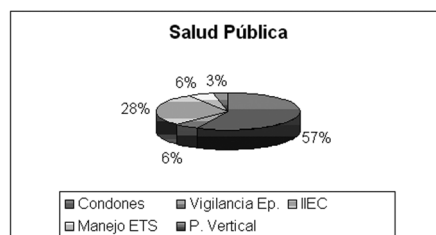


Fuente: Propia con datos del Ministerio de Salud, SIVIGILIA, Boletín Epidemiológico, Semana 29, Julio 11 a 20 de 2002.

En la tabla podemos ver que las pruebas diagnósticas y de seguimiento no cuentan con la participación que deberían tener en el gasto en VIH/SIDA, lo que puede influir en el tema de subregistro que veíamos existe en nuestro país y en la resistencia al tratamiento por un mal control del mismo. Los porcentajes se hicieron tomando ese 80% de gasto en salud personal.

Ahora bien, en salud pública, correspondiente al 20% restante, veremos los rubros que tienen preponderancia y que en últimas arrojan la conclusión del bajo manejo de temas de promoción y prevención:

Gráfico 5. Salud Pública



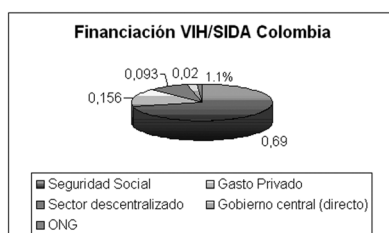
Fuente: Propia con datos del Ministerio de Salud, SIVIGILIA, Boletín Epidemiológico, Semana 29, Julio 11 a 20 de 2002.

Es claro que en materia de salud pública, de promoción y prevención en salud, el componente más alto es el de los condones, tema en el que se ha hecho énfasis y que

siendo de gran importancia, creemos ha obnubilado otros esfuerzos que tienen gran trascendencia. Ejemplo de ello es lo relativo a Información, Investigación, Educación y Comunicaciones (IIEC) que sólo representan un 28% y la vigilancia epidemiológica en la que sólo se invierte un 6%. El esfuerzo más claro ha sido en evitar el contagio vertical.

Por último, hemos querido demostrar gráficamente cómo se financia el VIH/SIDA en nuestro país, pues de allí se deriva la importancia que el tema tiene para el sistema asegurador en salud, principalmente en materia de seguridad social pero también en cuanto al sector privado. Así encontramos:

Gráfico 6. Financiación del VIH/SIDA en Colombia



Fuente: Propia con datos del Ministerio de Salud, SIVIGILIA, Boletín Epidemiológico, Semana 29, Julio 11 a 20 de 2002.

De lo anterior podemos extraer algunas conclusiones importantes en materia de recursos de financiación del VIH/SIDA en Colombia y su distribución. El primer punto es que el gasto total del país en VIH/SIDA es pequeño con relación al porcentaje total del gasto en salud, lo que puede resultar preocupante por su tendencia a la reducción, frente a una epidemia en constante progreso.

La situación económica del país tiene una fuerte influencia en estos rubros, confirmando nuevamente la idea relativa a que entre más pobreza exista, menor prevención y por tanto mayor contagio. Esta situación no es prometedora para un país como el nuestro.

La seguridad social es la principal fuente de financiación, por lo que existe una incidencia importante en los recursos de los cuales ella se nutre y en las entidades que los administran, según nuestra estructura legal en la materia. El sector privado tiene una incidencia importante, veámos que constituye el 15,6%, por lo que los efectos de la pandemia en él son notables.

No existe cultura de cuantificación estadística entre nuestras empresas, sean ellas públicas o privadas, por lo cual es difícil monitorear los tropiezos o avances financieros en la materia. Igual ocurre con la vigilancia epidemiológica. Las Cuentas Nacionales en VIH/SIDA identificaron el problema de esta manera: "Las entidades públicas y privadas no llevan una estadística precisa para identificar los flujos financieros que les ha reportado responder al VIH/SIDA".

El gasto en prevención es bajo, al igual que en las pruebas de seguimiento, esto no parece acorde con los conocimientos actuales que reflejan que la solución está en atacar las causas y no sólo en morigerar las consecuencias. Existen problemas en la administración de la terapia antiretroviral, por lo que se está creando resistencia a la misma.

El VIH/SIDA continúa siendo una enfermedad de alto costo, tal vez la principal, con lo cual, es imperante que exista una tendencia a mejorar la administración de los

recursos que se invierten, a promover la participación del sector privado (pues hemos visto que hay incidencia en él) y sobre todo a buscar herramientas de prevención.

3.3.2. *El mercado asegurador*

No es una tarea fácil determinar a ciencia cierta el alcance del VIH/SIDA en el mercado asegurador por varias razones que se expondrán. Sin embargo, haremos un intento por aproximarnos a cifras y a políticas de los aseguradores que nos permitan ver la importancia del tema en este mercado concreto.

Para empezar, el impacto del VIH/SIDA en la industria de los seguros puede verse de varias maneras, siendo ella parte del sector privado, puede resultar afectada en su productividad y en su parte laboral. Sin embargo, en este acápite buscamos prescindir de esta idea inicial, y reconociendo la posible problemática de la Compañía de Seguros como empresa que es, realmente buscamos centrarnos en cómo se afecta el desarrollo de su objeto social, o de su actividad que no es distinta a asumir riesgos de terceros a cambio de una remuneración, con base en leyes estadísticas y matemáticas.

Centrados en ese punto también podríamos reducir un poco más el objeto de nuestro análisis, en la medida en que buscamos concentrarnos en la industria de los seguros de personas, no sin antes reconocer que el impacto directo también puede darse en seguros de daños, verbigracia, en seguros de responsabilidad civil (la de la persona que infecta a otra, la responsabilidad médica, entre otras).

Aunado a lo anterior, incluso dentro del tema de los seguros de personas, es claro que el impacto depende del seguro concreto del que se trate, habiendo tantas modalidades como aseguradores, ya que como sabemos, en nuestro ordenamiento jurídico existe desde la Ley 45 de 1990 libertad en la determinación de las condiciones del negocio (pólizas y tarifas).

Cada Compañía maneja el fenómeno según políticas empresariales individuales, pero hemos visto, y ese será nuestro punto de partida, que todos tienen una especial preocupación por manejar el tema debido a los costos que el mismo implica.

Los costos del VIH/SIDA incluyen los más variados rubros, y en general, en todas partes son considerados como eventos de alto costo. En Estados Unidos se había indicado hasta 1995 que el tratamiento de un paciente oscilaba entre los 50.000 y 80.000 dólares,¹⁰¹ aunque la cifra se ha reducido globalmente, sigue siendo considerada una enfermedad costosa, una carga para los sistemas de salud.

En el ámbito mundial, la industria de los seguros de personas¹⁰² evidenció rápidamente la amenaza a la que se enfrentaba con la aparición de esta enfermedad que es letal, ataca personas en edades productivas y supone altos costos, no sólo por su tratamiento, sino por la muerte anticipada de las víctimas.

Claramente suponía una desviación para la siniestralidad de los ramos de vida y salud principalmente, variando la nota técnica base como son las tablas de mortalidad, y en últimas, incrementando el valor de las primas en estos seguros.

En principio se identificaron tres problemas estructurales a saber, que siendo una enfermedad de larga incubación y desconocida hasta ese momento, parte importante

¹⁰¹ LEMAIRE, Jean. "El SIDA y la Industria de los Seguros en los Estados Unidos". En: Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros núm. 5 (ago. 1994), pp. 117-127.

¹⁰² LEMAIRE, op. cit., p. 120.

de las carteras actuales habían sido asumidas sin tener en cuenta ese riesgo; los siniestros por causa del VIH/SIDA serían mucho más altos que los de otras enfermedades y habría un futuro aumento de la mortalidad sobre los negocios nuevos.¹⁰³

Evidentemente debía tenerse en cuenta este riesgo para los negocios subsiguientes. El punto de partida, fue el inicio de una tendencia de protección a los enfermos que impedía una selección adversa. Hoy en día el tema está en discusión.

En Colombia concretamente ha habido incidencia del tema en los seguros de personas. Desafortunadamente, no sólo los seguros son variados y sus coberturas distintas, sino que no hay una verdadera cuantificación discriminada de la siniestralidad de cada ramo por VIH/SIDA que permita hacer una evaluación del impacto.

Nos enfrentamos con ese inconveniente en la búsqueda de la información, adicional a la cuestión de que las compañías en algunos casos subestiman el tema del VIH/SIDA y no lo diferencian del tema general de las enfermedades de alto costo, aún sabiendo que las proporciones que se pueden alcanzar con el VIH/SIDA son mucho mayores.

Actualmente, no hay ninguna compañía que lidere campaña alguna de prevención o intervenga en ellas, lo cual podría lograr efectos positivos contribuyendo con la no-realización del riesgo asegurado, esta falta de acción a todas luces no parece muy acorde con la política de quien asume riesgos de terceros, sobre todo, si ello es más económico que asumir los efectos de los mismos.

Pues bien, a pesar de los inconvenientes en la información, logramos acceder a ciertas cifras que se manejan por la Federación de Aseguradores Colombianos (FASECOLDA), provenientes de encuestas trimestrales¹⁰⁴ que se efectúan en las aseguradoras y que si bien no tienen un tema en concreto, verbigracia el SIDA, sí arrojan luces en la cuantificación y clasificación de la siniestralidad en los seguros de personas.

De esta manera pudimos extraer que en el año 2002 el sector asegurador pagó cerca de 400 millones de pesos por concepto de VIH/SIDA, en un total de 3135 vidas aseguradas solamente en materia de enfermedades de alto costo. Todo ello sin tener en cuenta que nos restringimos a seguros privados dejando de lado el impacto en aseguradoras que manejan temas de planes complementarios de salud, que si bien son sistemas de aseguramiento, no se tienen en cuenta como seguros de personas para efectos de la encuesta.

Si bien la cifra es alta, hay muchos factores que pueden incidir en ella, pues los problemas de registro de la información son grandes. En todo caso hacemos un ejercicio puramente teórico que nos puede señalar la trascendencia del tema.

Según la encuesta de seguros de personas, para el tercer trimestre de 2003 existía un total de 225.263 pólizas vigentes, correspondiente a 226.544 vidas aseguradas; si a ello le aplicáramos el porcentaje de seroprevalencia que, según vimos en el Boletín Epidemiológico,¹⁰⁵ existe en nuestro país en los bancos de sangre del 1.2%, ello arrojaría como resultado que 2.718 personas podrían contraer el virus durante

¹⁰³ Ibídem.

¹⁰⁴ FEDERACIÓN DE ASEGURADORES COLOMBIANOS (FASECOLDA). Encuestas de Seguros de Personas. Cámara Técnica de seguros de vida y de personas. 2002-2003.

¹⁰⁵ COLOMBIA. MINISTERIO DE SALUD, INSTITUTO NACIONAL DE SALUD: Sistema de Vigilancia en Salud Pública (SIVIGILA). Boletín Epidemiológico Semanal. Semana núm. 29. Julio 14 a 20 de 2002.

su vida y dar origen al pago de una indemnización bien sea por servicios de salud o por la muerte anticipada.

Pueden darse tantos ejemplos como valores asegurados, máxime si se tiene en cuenta, verbigracia en pólizas de hospitalización, o de gastos médicos o farmacéuticos, que un tratamiento de VIH/SIDA puede costar entre 12 y 20 millones de pesos al año.

Hay otro aspecto que llama mucho la atención en materia de costo financiero del aseguramiento del VIH/SIDA, el cual tiene que ver con la selección de riesgos y el acceso de los seropositivos a seguros de personas, y consiste en que se ha establecido que el índice de mortalidad por la enfermedad es diez veces más alto de lo que las compañías consideran son riesgos relativamente aceptables. Así se ha establecido: “La cobertura de un seropositivo que no presenta síntomas de SIDA, equivaldría entonces a tener que pagar una prima de un asegurado de 75 años”.¹⁰⁶ Los efectos sí han sido precavidos porque los aseguradores conocen el riesgo tan grande, ahora bien, cabe preguntarse si esa forma de evitar consecuencias nefastas es la idónea y si consulta los principios de respeto de los derechos humanos o si hay otra solución. Por ahora dejemos planteada la cuestión.

Pues bien, sin pretender adentrarnos en el terreno de la elucubración, bástenos con haber reseñado ciertos valores a tener en cuenta, que denotan el progresivo alcance financiero que puede representar la pandemia del VIH/SIDA dentro del mercado asegurador. Adicionalmente, tengamos en cuenta la poca cultura de manejo de información y cuantificación y la subvaloración del tema, fenómenos que pueden potenciar su impacto.

En todo caso, hasta aquí no se ha tenido en cuenta la clasificación de los seguros que pueden cubrir el riesgo de VIH/SIDA, lo que se verá en el siguiente capítulo, ni tampoco los temas relativos a la suscripción de pólizas y a la posible selección negativa, que podría rayar en la discriminación de las personas, y que se analiza en contraposición a la estabilidad financiera de las compañías aseguradoras.

El siguiente capítulo partirá de esta base, y se adentrará en aspectos ya no financieros sino teóricos del ramo de los seguros de personas, en lo relativo a las cuestiones que plantea el VIH/SIDA.

4. LOS SEGUROS PRIVADOS Y EL VIH/SIDA

De conformidad con lo que se estableció en el acápite precedente, si bien no hay absoluta claridad ni precisión de cifras debido a la escasa cultura del manejo de información o al menos al recelo de darla a conocer, sí es completamente cierto que existe un tema de viabilidad financiera inmerso en la atención del VIH/SIDA.

Esto es de meridiana claridad en nuestro medio, razón por la cual se ha presentado la tensión entre dos polos, de una parte la viabilidad financiera de las instituciones aseguradoras de la salud y de otra, la garantía del derecho a la salud de estos pacientes con enfermedades de alto costo, como es el VIH/SIDA.

En este campo se han dado las más diversas situaciones problemáticas relativas a la cobertura de la enfermedad, al acceso a ella y a su extensión. Concretamente en el

¹⁰⁶ LEMAIRE, op. cit., p. 122.

tema del contrato de seguros estas cuestiones plantean interrogantes que requieren un tratamiento especial y se verán en este capítulo.

Sin embargo, de manera previa es preciso profundizar un poco en la estructura de aseguramiento de la salud y la vida en el marco del ordenamiento jurídico colombiano, pues es necesario delimitar el tema objeto del presente análisis.

De esta manera, si bien se entiende a la Seguridad Social en Salud como un esquema de aseguramiento de los colombianos, nos centraremos en los seguros privados como tal, sin dejar de reconocer la frontera estrecha que existe en este campo, especialmente por la privatización de la Seguridad Social que aparejó la implementación de la Ley 100 de 1993.

La razón fundamental por la que tocaremos tan solo de forma tangencial el tema de la Seguridad Social es de orden práctico, dado que el aseguramiento muy similar en ambos casos en cuanto a estructura, tiene ciertas particularidades reguladas por Ley en el caso de la Seguridad Social, lo que hace que por ejemplo las consideraciones de contratación, los principios de autonomía, el manejo de las preexistencias, entre otras cosas, no sean aplicables por igual en las dos temáticas. Evidentemente reconocemos la existencia de zonas grises, verbigracia lo relativo a Planes Complementarios de Salud.

En orden al contrato de seguro, hay ya cuestiones propias que suponen interrogantes interesantes, específicamente de carácter contractual, en la medida en que nos enfrentamos a un virus ambiguo, que no supone siquiera la consideración de persona enferma de quien lo porta, pero sí es una garantía de que la expectativa de vida de la misma se acortará indefectiblemente.

En ese orden de ideas, se pregunta cuál sería la conducta procedente de un asegurador que debe administrar el riesgo en su negocio pero a la vez tener en cuenta que está manejando una actividad que toca con la salud de las personas que se enfrentan a una dolorosa situación y que tienen derecho al respeto de su condición, sin ser discriminados por ella, y a la atención en razón de la misma.

4.1. ESTRUCTURA DE ASEGURAMIENTO EN SALUD Y VIDA

El tema del aseguramiento de la salud principalmente ésta en su conexión con la vida, tiene una regulación específica en nuestro ordenamiento jurídico por cuanto la Constitución Nacional establece en su artículo 366 que el bienestar general y la calidad de vida son fines sociales del Estado y en sus artículos 48 y 49 establece además que la salud es un derecho de segunda generación, un servicio público esencial de carácter prestacional.

En este sentido es claro que en términos generales la salud está a cargo del Estado y que éste debe garantizar la igualdad en condiciones de acceso a todos los colombianos, teniendo en cuenta por supuesto la existencia y manejo de recursos que así lo permitan.

Desde un punto de vista teórico, la estructura del aseguramiento de la salud nos enfrenta a la diferencia que existe entre la Seguridad Social y los seguros individuales, ambos estrechamente ligados en la práctica en nuestro país. En términos generales estos dos sistemas se distinguen en cuanto al fundamento mismo de cada uno, mientras el primero tiende a brindar protección a la comunidad en su conjunto, el segundo busca atender intereses individuales.

Por otra parte, los seguros sociales son obligatorios en la medida en que los afiliados son tales porque la Ley así lo impone, y como correlato, el Estado está en la obligación de garantizar ese “bienestar general”, concretamente en esta materia respecto de la salud, las pensiones y el desempleo. Los seguros privados en principio son voluntarios, aunque esta no debe ser una condición característica, pues se ha ido evolucionando en ciertos temas como el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT). En todo caso, los seguros privados tienen una fuente contractual, mientras los sociales cuentan con un origen legal.

Ahora bien, a pesar de las diferencias, los aseguradores tradicionalmente considerados como individuales, han ido penetrando el mercado de la Seguridad Social, debido a que la legislación así lo ha permitido y a la rentabilidad de algunos negocios. Donde más claramente se ve esto es en los seguros previsionales, en las rentas vitalicias, en los planes alternativos de pensiones, en riesgos profesionales, y por último, en materia de la salud en EPS (aunque de forma muy moderada) y en el reaseguro de enfermedades de alto costo que deben tomar las Administradoras del Sistema de Salud.

En esencia, profundizaremos en materia del aseguramiento de la salud, dejando un poco de lado el tema de vida por ahora, en la medida en que estos seguros no constituyen un punto de contacto entre los sistemas. Sin embargo, posteriormente cuando volvamos sobre el contrato de seguros en sí, abordaremos la totalidad de los seguros de personas, pues todos ellos resultan relevantes en relación con el VIH/SIDA.

En cuanto al Sistema de Salud, debe decirse que con anterioridad a la Ley 100 de 1993 existía de forma desarticulada y con escasa cobertura, en la medida en que la Seguridad Social en Salud se dirigía a las personas asalariadas únicamente, sin contar con sus familias. Por otra parte se encontraba la salubridad pública a cargo del Estado, que no contenía atención directa a pacientes, y por último un pequeño sector privado financiado por los usuarios que podían asumir los costos de su propia salud.

La reforma del año 1993 consiguió integrar en un solo mercado los tres subsectores mencionados, persiguiendo fundamentalmente dos objetivos a saber, universalización de cobertura e integralidad de la misma. Con ello los aseguradores privados haciendo parte de esta integralidad, penetraron en el Sistema de Salud como socios de las EPS, como proveedores de planes complementarios de salud y ofreciendo coberturas para enfermedades de alto costo (EAC).¹⁰⁷

Pues bien todo el Sistema de Salud se encuentra dividido en dos regímenes financieros a saber, el Contributivo y el Subsidiado, que sin embargo se articulan con la existencia de un Fondo de Compensación y Garantía (FOSYGA). El Régimen Contributivo vincula a las personas asalariadas y a sus familias, se financia por las cotizaciones que realiza el trabajador y su empleador, o solamente el primero en caso de ser independiente, pero teniendo en cuenta que el valor que pueden retener las EPS es el de la Unidad de Pago por Capitación (UPC) -valor anual del Plan Obligatorio de Salud por

¹⁰⁷ FEDERACIÓN DE ASEGURADORES COLOMBIANOS (FASECOLDA). Los Diez años de la Ley 100 de 1993. 2003.

afiliado-, fijado por el Gobierno, mientras el resto deben transferirlo al FOSYGA,¹⁰⁸ pues se trata de recursos públicos que por delegación pueden recaudar.

El Régimen Subsidiado en esta misma línea, afilia a la población más pobre (estratos uno y dos) identificada mediante la encuesta SISBEN, para otorgarle cobertura en salud, mediante un sistema que reemplazó los subsidios a la oferta (que se realizaban antes de la Ley 100/93) por subsidios a la demanda, mejorando así la atención a la población vulnerable. El Sistema es administrado por las ARS (Administradoras del Régimen Subsidiado), que pueden ser las mismas Empresas Promotoras de Salud (EPS), Empresas Solidarias de Salud (ESS) o Cajas de Compensación Familiar (CCF).

En ambos regímenes existe, en virtud de las previsiones de la Ley 100 de 1993, un Plan Obligatorio de Salud (POS), que contiene “servicios de beneficio personal e individual, e incluye intervenciones, actividades, procedimientos e insumos (entre ellos medicamentos) en todas las fases de la relación salud-enfermedad (promoción, prevención, tratamiento y rehabilitación) y en todos los niveles de complejidad”.¹⁰⁹ Surge con meridiana claridad en estos sistemas la imposibilidad por parte de sus administradoras para realizar una selección de riesgos o un estudio de los mismos, en la medida en que se trata de un servicio para la totalidad de la población, derivado de una obligación del Estado. En este orden de ideas no pueden aplicar lo que se conoce como preexistencias para negar la afiliación a alguna persona. Adicionalmente existe libertad de escogencia de EPS y ARS.

Esto marca una diferencia fundamental con los aseguradores privados, pues estas entidades de la Seguridad Social deben asumir la totalidad de los riesgos de salud y morbilidad de la población, de forma que contraría a la Ley una selección adversa en esta materia. De ahí que en temas de enfermedades de alto costo como el VIH/SIDA surja la necesidad de un reaseguro.

Claramente, debemos separar en el presente análisis lo que hace referencia a los seguros sociales de salud, que pueden incluso verse más afectados por el VIH/SIDA precisamente por esas disposiciones legales que le rigen, en la medida en que la contratación de uno y otro, en especial en lo relativo a la inspección y administración del riesgo, es completamente diferente y excluye en este caso la autonomía de voluntad de los contratantes. Evidentemente, nos referimos solamente a la administración del POS, que sintetiza la obligación del Estado, pues en materia de Planes Complementarios de Salud la cuestión es diferente, sean estos ofrecidos por aseguradoras privadas o por Empresas de Medicina Prepagada.

Los Planes Complementarios de Salud suponen un servicio adicional al POS en la medida en que éste es obligatorio y siempre debe estar presente, pero se mueven en un marco eminentemente contractual, donde prevalece la autonomía de voluntad, y se comercializan a precios de mercado, teniendo en cuenta que se financian con recursos propios del usuario, distintos a la cotización obligatoria, estructura ésta que obedece a los lineamientos generales de la actividad aseguradora.

¹⁰⁸ Con el objeto de que éste aplique el mecanismo de compensación y garantía, que busca que las EPS con superávit financien a aquellas que afilian los estratos socioeconómicos más bajos.

¹⁰⁹ FEDERACIÓN DE ASEGURADORES COLOMBIANOS (FASECOLDA). Los Diez años de la Ley 100 de 1993. 2003.

De lo anterior podemos colegir que nos centraremos en la órbita contractual de los seguros privados, teniendo en cuenta la prestación misma y no los oferentes, pues ellos pueden ser aseguradores o EPS, razón por la cual la clasificación según entidades nos induciría a equívocos.

Dejaremos el tema planteado de esta manera, pues lo anterior, sin pretender extralimitarnos en nuestro objeto, se hizo a manera de introducción y con el fin de brindar claridad en nuestro espectro temático. Sin embargo, no debemos olvidar que en nuestro medio existe una gran discusión relativa a la calidad o no de aseguradoras de las entidades que administran la Seguridad Social.

En este sentido y sin proponernos ahondar en el tema estrictamente, a fin de establecer que nos ocuparemos de los seguros privados y de otros contratos que pueden enmarcarse dentro de ese concepto de autonomía de la voluntad (planes complementarios), debemos decir que consideramos que si bien en términos generales en todo el sistema existe una actividad de aseguramiento desde una perspectiva técnica, la especificidad en el régimen legal y financiero de cada una de las clases de entidades, las separa inexorablemente. Pues bien, profundizaremos ahora sí en lo que se refiere a los seguros privados.

4.2. EL CONTRATO DE SEGURO. RÉGIMEN IUSPRIVATISTA.

Teniendo en cuenta que nos centraremos en el contrato de seguros de carácter privado, tipificado por nuestro estatuto mercantil, es preciso esbozar los lineamientos generales del mismo, sin perjuicio de las concreciones que se harán en determinados temas relacionados con el VIH/SIDA. Igualmente será procedente dar ciertas pinceladas de los seguros de personas que existen en nuestro medio, dado que son ellos los que especialmente pueden verse afectados por la pandemia.

Pues bien, en punto al contrato de seguro se han dado las más variadas definiciones sin que exista una univocidad en las mismas, debido en gran parte a que el seguro supone componentes técnicos, financieros, económicos y jurídicos, que hacen en extremo difícil llegar a un consenso sobre todos ellos. Por otra parte, tampoco contempla nuestra ley una definición del mismo, posiblemente bajo la idea generalizada de que ese tipo de cuestiones, por su especificidad y dificultad, se deben dejar a la doctrina.

El Doctor J. Efrén Ossa¹¹⁰ señala que existe una distinción entre el concepto técnico-económico del seguro y el político-jurídico, para finalmente acoger la teoría propuesta por el tratadista Alfredo Manes, la cual es en efecto la más extendida: "Aquel recurso por medio del cual un gran número de existencias económicas amenazadas por peligros análogos se organizan para atender mutuamente a posibles necesidades tasables y fortuitas de dinero."¹¹¹ Esta definición se ha considerado completa en cuanto comporta la totalidad de las notas características del seguro.

De otra parte encontramos la definición jurídica del seguro, correspondiente a la concepción del académico Joseph Hemard, quien establece que es "una operación por la cual una parte, el asegurado, se hace prometer, mediante una remuneración, la prima, para él

¹¹⁰ OSSA, J. Efrén. "Teoría general del seguro".

¹¹¹ MANES, Alfredo. "Teoría general del seguro", tomo I, p. 2.

o para un tercero, en caso de realización de un riesgo, una prestación por otra parte, el asegurador, que, tomando a su cargo un conjunto de riesgos, los compensa conforme a las leyes de la estadística”.¹¹²

En últimas nos encontramos frente a una institución que se fundamenta en que una parte traslada un riesgo ante el cual está expuesto, a cambio de una prima, a un profesional que asume el mismo. Igualmente considerándolo como actividad, tal como lo sostiene el Doctor Hernán Fabio López Blanco,¹¹³ se trata de un sistema que aplica principios técnicos, matemáticos y estadísticos para prever razonablemente la posibilidad de pérdida y procurar distribuir entre un número amplio de personas expuestas a un mismo riesgo, las consecuencias adversas del mismo.

Nuestro Código de Comercio si bien omite la definición del contrato de seguro, señala en sí, en el artículo 1036, sus características, cuales son, el ser consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva. Así mismo, en el artículo 1045 establece cuáles son los elementos esenciales del mismo, sin los cuales no habría efectos jurídicos: el interés asegurable, el riesgo asegurable, la prima o precio del seguro y la obligación condicional del asegurador.

4.2.1. *El riesgo asegurable*

El riesgo asegurable es definido por el estatuto mercantil en el artículo 1054 de la siguiente manera: “Denominase riesgo el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador. Los hechos ciertos, salvo la muerte, y los físicamente imposibles, no constituyen riesgos y son, por lo tanto, extraños al contrato de seguro. Tampoco constituye riesgo la incertidumbre subjetiva respecto de determinado hecho que haya tenido o no cumplimiento”.

De esta manera, deducimos que existen riesgos asegurables y riesgos que no lo son, teniendo en cuenta que ello depende primordialmente de la incertidumbre del acaecimiento, o al menos, del momento en que ocurrirá como pasa con la muerte. No nos detendremos en las distintas hipótesis, pues el tema puede resultar extenso, pero diremos que se trata del objeto del contrato de seguro y acogiendo la concepción de Isaac Halperín¹¹⁴ se trata de un hecho eventual, generalmente futuro, del cual se puede derivar un daño.

En consecuencia, hay dos características esenciales del riesgo para que éste sea asegurable, la futureidad y la incertidumbre, sin perjuicio de los avances que en ésta materia se han dado en lo que se refiere al riesgo descubrimiento y al riesgo ocurrencia, sobre los que no se profundizará.

El riesgo asegurado es ya la delimitación que hacen las partes del contrato respecto de las circunstancias frente a las que hay cobertura, y que se oponen a las exclusiones o delimitaciones negativas del mismo.

¹¹² Citado por J. E. Ossa, op. cit., p. 105.

¹¹³ LÓPEZ, Hernán Fabio. El contrato de Seguro. Dupre Editores. Bogotá, 1993, p. 21.

¹¹⁴ HALPERIN, Isaac. Lecciones de Seguros. Depalma, Buenos Aires, 1993, pp. 4-5.

4.2.2. *El interés asegurable*

Está definido en el artículo 1083 del Código de Comercio, y consiste en una relación económica en virtud de la cual la producción del riesgo produce una merma en el patrimonio. La ley así lo establece para los seguros de daños: "Tiene interés asegurable toda persona cuyo patrimonio pueda resultar afectado, directa o indirectamente, por la realización de un riesgo". Evidentemente el interés debe ser lícito y susceptible de valoración en dinero, debe existir durante todo el contrato pues es esencial al mismo. La valoración del interés se constituye en el valor asegurado de la póliza.

En los seguros de personas existe una norma específica al respecto, la cual señala: "Toda persona tiene interés asegurable: 1) En su propia vida; 2) En la de las personas a quienes legalmente pueda reclamar alimentos, y 3) En la de aquellas cuya muerte o incapacidad puedan aparejarle un perjuicio económico, aunque éste no sea susceptible de una evaluación cierta" (art. 1137 C. de Co.).

4.2.3. *La prima*

La prima es el precio del seguro, se encuentra regulada minuciosamente en el estatuto mercantil, con relación a quién es el obligado al pago, el momento del mismo, los efectos de la mora, las reglas para que el asegurador la devengue entre otras. En términos generales debe haber paridad prima-riesgo, pues entre mayor sea el riesgo, más alto será el precio de asumirlo. Esta paridad parte de la información que el tomador da acerca del riesgo, pues se considera que es él quien tiene el dominio del mismo, por lo cual se ha considerado que el contrato de seguros es de ubérrima buena fe.

4.2.4. *La obligación condicional del asegurador*

Esta obligación surge como consecuencia del acaecimiento del siniestro, realización del riesgo asegurado, consiste en pagar el valor asegurado a los beneficiarios del contrato. En términos generales se trata de la causa misma del contrato, se enmarca dentro de los principios de oportunidad y diligencia en el pago. Es la principal obligación del asegurador derivada del contrato.

En términos generales hemos visto los elementos esenciales que se requieren para que exista contrato de seguro. Ahora bien, interesa para efectos de nuestro análisis mirar someramente las obligaciones que surgen de este contrato para sus partes intervinientes, en la medida en que nos centraremos en la importancia que tiene por ejemplo la declaración de asegurabilidad en relación con temas como el VIH/SIDA.

De parte del asegurador existen básicamente dos obligaciones esenciales a saber, la entrega de la póliza y el pago de la indemnización. La primera debe cumplirse, al tenor de lo preceptuado en el artículo 1046 modificado por la Ley 389 de 1997, artículo 3º, dentro de los quince días siguientes a la celebración del contrato. La segunda, dentro del mes siguiente a que el asegurado o beneficiario haya cumplido con la carga de acreditar ocurrencia del siniestro y cuantía de la pérdida (art. 1080 y 1077 del C. de Co.).

Respecto al tomador, asegurado o beneficiario, existen obligaciones pre-contractuales como es la relativa a la declaración del estado del riesgo (art. 1058 C. de Co.), y contractuales como son el mantenimiento del estado del riesgo y la notificación de la variación del mismo (art. 1060 C. de Co.), el pago de la prima (art. 1066 C. de Co.), el

cumplimiento de las garantías establecidas (art. 1061 y 1062 C. de Co.), y el deber de declarar los seguros coexistentes (art. 1076 C. de Co), además con ocasión del siniestro, evitar su propagación y extensión (art. 1074 C. de Co.), dar aviso del mismo (art. 1075 de C. de Co.) y acreditar ocurrencia del siniestro y cuantía de la pérdida (art. 1077 de C. de Co.).

Nos interesa específicamente la declaración del estado del riesgo, en la medida en que es la base sobre la cual emite su consentimiento el asegurador, confiando para ello en la buena fe del otro contratante. Todo esto dentro de la idea de que la selección de los riesgos es básica para la operación del asegurador, en la medida en que ello incidirá en la estabilidad de su actividad. Igualmente es relevante la exigencia del mantenimiento del estado del riesgo o la notificación de su modificación del mismo, sobre la base de que si el asegurador fundó su consentimiento en unas condiciones determinadas, la variación de ellas es relevante para la continuidad del contrato.

4.2.4.1. *Declaración del Estado del Riesgo*

El riesgo es la materia prima del seguro, de suerte que el conocimiento del mismo fundamenta la actividad y el consentimiento del asegurador, razón por la cual no puede el derecho exigir cosa distinta que la total sinceridad en la declaración del mismo por parte del tomador, asegurado, que es en últimas quien tiene el dominio material y jurídico del riesgo.

En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia nacional al sostener: “En el contrato de seguro, huelgan raciocinios prolijos para sustentar tan universal y pacífico aserto, se torna modular la declaración del estado del riesgo (art. 1058 C. de Co.), entendida, lato sensu, como uno de los más resonantes deberes impuestos al tomador (in potentia) que, circunscrito a la esfera precontractual, su escenario natural, permite al asegurador conocer, de primera mano, los pormenores atinentes al riesgo, materia prima del seguro y, por contera, uno de sus elementos genéticos de mayor grandilocuencia, a la vez que relevancia funcional en el marco del desenvolvimiento de la relación asegurativa (arts. 1037, 1045 y 1054 del C. de Co.)”.¹¹⁵

Es fundamental pues, en ese juicio que se forma el asegurador sobre la azarosidad y peligrosidad del riesgo, la declaración que realiza quien está en contacto directo con el mismo, que no puede ser distinto del tomador o el asegurado. Al prestar su consentimiento, el asegurador establece la prima que estima proporcional al riesgo, de ahí que la ley busque la protección de esa condición.

En efecto, el artículo 1058 C. de Co. Establece: “El tomador está obligado a declarar sinceramente los hechos o circunstancias que determinan el estado del riesgo, según el cuestionario que le sea propuesto por el asegurador. La reticencia o la inexactitud sobre hechos o circunstancias que, conocidos por el asegurador, lo hubieran retraído de celebrar el contrato, o inducido a estipular condiciones más onerosas, producen la nulidad relativa del seguro. Si la declaración no se hace con

¹¹⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 6146 de 2 de agosto de 2001. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

sujeción a un cuestionario determinado, la reticencia o la inexactitud producen igual efecto si el tomador ha encubierto por culpa, hechos o circunstancias que impliquen agravación objetiva del estado del riesgo. Si la inexactitud o la reticencia provienen de error inculpable del tomador, el contrato no será nulo, pero el asegurador sólo estará obligado, en caso de siniestro, a pagar un porcentaje de la prestación asegurada, equivalente al que la tarifa o la prima estipulada en el contrato represente respecto de la tarifa o la prima adecuada al verdadero estado del riesgo, excepto lo previsto en el artículo 1160. Las sanciones consagradas en este artículo no se aplican si el asegurador, antes de celebrarse el contrato, ha conocido o debido conocer los hechos o circunstancias sobre que versan los vicios de la declaración, o si, ya celebrado el contrato, se allana a subsanarlos o los acepta expresa o tácitamente”.

Las implicaciones de este artículo son enormes, pues consagra expresamente la forma como el derecho de seguros regula el régimen de los vicios de la voluntad. Reiteramos que el asegurador evalúa el riesgo, manifiesta su consentimiento y cobra la prima proporcional, sobre la base de la declaración de asegurabilidad. Declaración que, no sobra decirlo, tiene como piedra angular la buena fe, por lo que la ley exige que se haga de forma veraz y fidedigna, y sanciona duramente su omisión, como correlato de ello.

Ahora bien, es claro que esa declaración de voluntad puede hacerse con o sin sujeción a un cuestionario, lo que no desvirtúa de ninguna manera el deber de informar con estricto apego a la verdad.

Lo que ocurre con el cuestionario es que se supone que en él va envuelto el experticio y profesionalismo del asegurador para evaluar el riesgo. Se trata en muchos casos de una solicitud de seguro que hace parte de la póliza y que va suscrita por el tomador de la misma. En este caso la obligación del tomador relativa a manifestar todo lo que concierne al riesgo en cuestión, sigue intacta, lo que ocurre es que sólo podría calificarse como reticente la declaración si media culpa del tomador en ella.

Ahora bien, cuestión distinta es el error inculpable del tomador en la declaración, el cual no produce nulidad sino la posibilidad de reducción de la indemnización, esto porque la ley sanciona duramente la negligencia pero tiende a ser más benévola en cuanto a un error involuntario.

Entendido como está ese estricto deber que supone acogerse a los postulados de la buena fe, ineluctablemente debemos referirnos a la reticencia e inexactitud como instituciones intrínsecamente consideradas.

Pues bien, se trata de hechos en los cuales se ha faltado a la verdad, se ha falseado la misma, se ha tergiversado o simplemente se ha omitido. Pero no toda reticencia o inexactitud son capaces de viciar la voluntad en el contrato, pues se requiere que ellas tengan cierta relevancia, que está dada en el sentido que de haber sido conocidas por el asegurador le habrían hecho tomar una de dos posibles decisiones, o bien, no manifestar su voluntad, o bien hacerlo pero estableciendo condiciones más onerosas, lo que en el argot práctico se conoce como “extraprimar”.

En este mismo sentido, no procede la nulidad en aquellos casos en que la aseguradora ha tenido conocimiento real o presunto de los hechos, esto porque se exige mediana diligencia del profesional de la asunción de riesgos, y en todo caso porque si conoce, se desvirtúa el posible engaño, igual que si después de manifestada la voluntad, consiente en ellos.

4.2.4.2. *Mantenimiento del estado del riesgo*

Debido a que el fundamento mismo del consentimiento expresado por el asegurador es un determinado estado del riesgo, una modificación podría alterar las condiciones del contrato, haciendo más gravosa la situación del asegurador, en la medida en que puede estar acercando cada vez más a la certeza de ocurrencia del siniestro.

Teniendo en cuenta lo anterior, la ley regula esto y establece en el artículo 1060 que el tomador está obligado a mantener el estado del riesgo. Sin embargo, como es posible que ocurran modificaciones, a continuación la ley exige que se notifiquen al asegurador, quien puede elegir entre revocar el contrato o reajustar el valor de la prima.

Para cumplir con esta obligación se ha establecido por la ley que el hecho modificante debe ser imprevisible, sobreviviente, posterior a la celebración del contrato y que implique agravación del riesgo o variación de su identidad local.

La falta de notificación en los términos de ley, produce la terminación del contrato de seguro.

4.3. EL CONTRATO DE SEGUROS DE PERSONAS

Dentro del marco general del contrato de seguro, surgen ciertas especificidades cuando el objeto asegurado no es ya un bien o un patrimonio sino la vida misma o la integridad corporal. Por la relevancia que tienen estos seguros en el tema que estamos abordando, es preciso reseñar sus características más sobresalientes, y aplicarlas posteriormente a la circunstancia particular de las personas que viven con el VIH/SIDA.

Los seguros de personas tienen una particularidad que, en términos de Joaquín Garrigues, consiste en que “[...] el siniestro afecta a la persona humana directamente y no a las cosas en las que la persona humana tenga interés”.¹¹⁶ Es clara pues la división que existe entre los seguros de daños y los de personas, aún cuando algunos de estos puedan implicar una zona gris como se verá mas adelante.

Los seguros de personas deben subclasificarse en dos vertientes esenciales a saber, el seguro sobre la vida como tal, y los denominados seguros de personas en sentido amplio, correspondientes a los de accidentes y enfermedad. La diferencia entre el primero y los otros radica en el riesgo que se asegura, en el seguro de vida consiste en la incertidumbre del momento en que ocurrirá la muerte, y en los segundos en cuestiones como una disminución corporal y su consecuente problemática económica. Es decir, los seguros de personas en sentido amplio, generalmente suponen no solamente el perjuicio en la persona sino un detrimento patrimonial correlativo.

De ahí que se considere que éstos últimos representan un seguro intermedio entre los de personas y los de daños, ya que si bien el objeto es la persona, y se tiende a reparar el daño de ésta, también puede haber lugar a considerar daños patrimoniales, verbigracia, honorarios médicos, cuentas hospitalarias, entre otros.

La relevancia de este tema radica en que ha existido una gran discusión en materia del principio indemnizatorio en los seguros de personas, de forma que quienes han

¹¹⁶ GARRIGUES, Joaquín. “El Contrato de Seguro Terrestre”. Imprenta Aguirre, Madrid, 1982, p. 482.

defendido su existencia lo que han buscado es una univocidad del contrato de seguro, mientras que quienes se sitúan, como es nuestro caso, en la tesis contraria, tienden a considerar la especificidad de este ramo.

Surge con meridiana claridad la existencia de un principio indemnizatorio en los seguros de daños, en la medida en que existe una certeza del daño que hace que no pueda haber una reparación del mismo que exceda su determinación. De ahí que el artículo 1088 del Código de Comercio establezca: “Respecto del asegurado, los seguros de daños serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento”. La obligación del asegurador surge en la medida en que exista un daño y hasta el límite del valor asegurado, que está dado en función del interés asegurable y por el valor de la pérdida.

El daño en los seguros de personas escapa a una valoración económica,¹¹⁷ la vida no tiene precio, el valor asegurado no tiene una relación con el interés asegurable, se trata de una suma convenida por las partes.¹¹⁸ El interés asegurable, regulado por la ley (art. 1137 C. de Co.) no sustenta la medición del perjuicio, lo que desde ninguna perspectiva quiere decir que no exista o no sea importante en estos seguros. Todo lo contrario, de dicho concepto surge la posibilidad legal de que se contraten seguros sobre la propia vida o sobre la vida de un tercero con su consentimiento. Lo que se ha manifestado es que no existe una relación entre éste y la suma asegurada.

Evidentemente, en aquellos casos en que puede establecerse con certeza una valoración del daño, la cual habrá de ser reparada en esa cuantía y sin exceder la suma asegurada, operará plenamente el principio indemnizatorio, a pesar de que se trate de seguros de personas. Es lo que ocurre con los seguros de accidentes y enfermedad, los cuales se acercan a los de daños por este carácter y comprenden lo que hace referencia a gastos médicos, hospitalarios, quirúrgicos y farmacéuticos.

En este sentido es claro que la regla proporcional, o equivalencia entre suma asegurada y valor asegurable no opera en los seguros de personas, tal como lo confirma nuestra doctrina nacional: “Seguros personales. Ni aun en aquellos tipos que tienen carácter indemnizatorio, tiene aplicación la regla proporcional. Tal se deduce, en esta clase de seguros, de que el valor asegurado depende del arbitrio de las partes. Y la deducción es más lógica aún en los seguros de vida, incluyendo los que se otorgan por medio de pólizas colectivas a favor de una empresa, porque la pérdida es siempre total”.¹¹⁹

Aunado a lo anterior, la ausencia del principio indemnizatorio en los seguros de personas, apareja la condición de la inexistencia de la subrogación del asegurador en los derechos del asegurado contra el causante del daño, habida cuenta que no existe una base para determinar la suma asegurada ni para definir la cuantía de la indemnización una vez ha ocurrido el siniestro.¹²⁰

¹¹⁷ OSSA, J. Efrén: “Teoría General del Seguro: El Contrato”. Temis, Bogotá, 1991, p. 205.

¹¹⁸ En este sentido, se extracta de la regulación nacional el artículo 1138 C. de Co.: “En los seguros de personas, el valor del interés no tendrá otro límite que el que libremente le asignen las partes contratantes [...]”.

¹¹⁹ OSSA, op. cit., p. 236.

¹²⁰ OSSA, op. cit., p. 219.

Ahora bien, de forma meramente descriptiva se reseñarán a continuación las notas características de los seguros de personas, a fin de obtener claridad en las diferentes coberturas de cada uno de ellos. Todo esto, sin olvidar que aun cuando es posible identificar unos seguros básicos, realmente el mercado está constituido por tantos productos como compañías existentes.

4.3.1. *El Seguro de Vida*

Siguiendo a Garrigues, tratándose de los seguros de vida, separados ya de los de personas en sentido amplio, nos encontramos con el siguiente concepto: “Nos hallamos ahora ante un puro seguro de suma, antípoda del seguro contra daños y, por tanto, ajeno a la función indemnitaria de este último. La prestación del asegurador va a consistir en una suma de dinero arbitrariamente fijada por el contrato, que no necesita guardar ninguna relación con un daño, cuya realidad, en caso de que exista, no precisa ser demostrada por quien sea acreedor a la prestación del asegurador” ¹²¹.

A este respecto, además de las consideraciones generales, es preciso adicionar la particularidad del elemento riesgo, en la medida en que escapa a la incertidumbre total exigida, ya que la muerte es de forzosa ocurrencia, resultando que lo que se tiene por tal es el desconocimiento del momento en que la misma habrá de ocurrir. De ahí lo determinante que resulta el cálculo de la duración de la vida en estos seguros.

El seguro de vida puede serlo de dos formas, o bien como salvaguarda para la muerte anticipada de la persona, o bien como prevención para una sobrevivencia prolongada en edades en que la productividad del ser humano tiende a decrecer. Igualmente, puede revestir la modalidad de temporal, dotal o mixto, según su duración. Los seguros de vida pueden ser individuales, o de grupo y dentro de estos últimos existe la modalidad de grupo vida-deudores.

Existe por regla general, en este tipo de seguros, la posibilidad de elegir libremente a los beneficiarios dado que especialmente en el caso de la muerte, las prestaciones derivadas del contrato realmente buscarán la tutela de los familiares y no del asegurado mismo. Ante la ausencia de designación existen normas supletivas de la voluntad (art. 1142 y S.S. C. de Co.).

Cobra especial relevancia para efectos de nuestro análisis, el deber de declarar el estado del riesgo, que se radica en cabeza del asegurado, en la medida en que el asegurador que trabaja los ramos de seguros de vida, tiene como elementos determinantes de la selección de riesgos la edad del asegurado, su estado de salud y su profesión u oficio. Sólo mediante el conocimiento de estos factores, puede realizarse un cálculo actuarial razonable que haga viable el ejercicio financiero del asegurador.

En consecuencia, la declaración debe ceñirse al más estricto presupuesto de la buena fe, sin perjuicio de que, en aras de cerciorarse de la información, la compañía decida por iniciativa propia inspeccionar el riesgo, mediante la práctica de un examen médico. Como es de esperarse, el análisis del riesgo debe cubrir su aspecto tanto objetivo como subjetivo, si se quiere evitar un desequilibrio en la actividad.

¹²¹ GARRIGUES, op. cit, p. 488.

El examen médico sin embargo, no libera al asegurado de su carga de suministrar información completa, veraz y fidedigna sobre los tres aspectos mencionados. Esto dará lugar a cálculos técnicos que con base en tablas de mortalidad, buscará determinar la prima a cobrar al asegurado. Evidentemente, el asegurador puede cobrar más por un riesgo más alto o excluir ciertos riesgos de la cobertura, en virtud de su autonomía contractual. Lo que no puede hacer es variar la prima con el tiempo, puesto que en este caso nos encontramos ante un riesgo creciente, que por ley de la naturaleza, se va agravando con el tiempo y que no supone una modificación en el estado, que pueda dar lugar a terminación del contrato o a condiciones más onerosas, excepción hecha de lo que tiene que ver con la profesión u oficio.

La obligación del asegurador puede cumplirse de dos formas según se pacte, o como suma determinada, o como renta suministrada al asegurado. En todo caso será la suma señalada en el contrato.

Si bien existen incontables aspectos adicionales igualmente importantes, para efectos de nuestro estudio basta con las bases hasta aquí establecidas.

4.3.2. *Seguros de accidentes y enfermedades*

Como se ha sostenido, responden a un carácter indemnizatorio en la medida en que supongan un daño patrimonial determinado que deba ser reparado, y a la clasificación general de seguros de personas por su objeto. Teniendo en cuenta las definiciones de Garrigues¹²² ellos son:

Seguro de Accidentes: Tiene por objeto no una cosa, sino el cuerpo humano, que no es cosa en sentido jurídico; y su finalidad consiste en reparar, sea en forma de indemnización, de renta, o sea en forma de asistencia médica, el daño sufrido por el asegurado, en su persona o en la de otro, por consecuencia de un accidente.

Seguro de Enfermedades: Es el seguro que protege al asegurado contra las consecuencias económicas de un estado anormal del cuerpo o del espíritu (enfermedad), según dictamen médico.

Evidentemente la declaración del estado del riesgo es relevante, especialmente en lo que hace relación a padecimientos o patologías crónicas y previas al ingreso a la póliza. También las calidades morales del asegurado, puesto que es posible la contratación de varios seguros a fin de que cubran los efectos económicos derivados de un solo evento nocivo.

En el seguro de accidentes, como su nombre lo indica, cobra relevancia la definición de qué se entiende cubierto por la póliza, lo cual no en todas las legislaciones existe de manera supletiva.

En el seguro de enfermedades es importante la cobertura, especialmente en lo que respecta a enfermedades como el VIH/SIDA, que pueden estar presentes en el cuerpo mucho antes de ser descubiertas y por consiguiente de forma previa a la contratación.

¹²² GARRIGUES, op. cit., p. 549.

4.4. ASPECTOS DETERMINANTES DEL ÁMBITO CONTRACTUAL DE LOS SEGUROS EN RELACIÓN CON PERSONAS SEROPOSITIVAS

Habiendo determinado la estructura básica del contrato de seguro en general y del seguro de personas en especial, no es difícil imaginarse el amplio espectro de contacto entre estos y el VIH/SIDA, al tratarse de una circunstancia que afecta la duración de la vida y supone erogaciones bastante onerosas, sin que exista forma de curar en un cien por cien sus efectos.

Esta enfermedad plantea nuevos interrogantes dentro del contrato en la medida en que supone un riesgo mayor, a la vez que un padecimiento que trae consigo consideraciones profundamente humanitarias.

Es evidente que por sus características particulares, el VIH/SIDA induce a un choque entre dos aspectos, de una parte la libertad y autonomía contractuales del asegurador que están directamente relacionadas con su viabilidad financiera al permitir la selección adecuada de riesgos y de otra, el derecho de las personas que conviven con la enfermedad de acceder a un seguro de salud que prevea las eventuales necesidades patrimoniales de quien se incapacita por este concepto o muere por él; o un seguro de vida, resguardando las consecuencias adversas que puede aparejar la muerte anticipada.

No es en absoluto un tópico sencillo de dilucidar, en el mundo entero se han presentado posiciones a favor y en contra, pero lo cierto es que la tendencia en nuestro parecer debería ser hacia una conciliación de los polos.

A continuación plantearemos las consideraciones especiales que en materia contractual impone el VIH/SIDA, la posibilidad de rechazar o no a una persona con VIH/SIDA que pretenda tomar un seguro, la libertad que rige las relaciones en materia de seguros privados y la particularidad de la selección de los riesgos y de mantenimiento del estado de los mismos.

4.4.1. *Especificidades del riesgo a asumir*

Si miramos los conceptos generales que rigen la institución del seguro,¹²³ entendemos que el riesgo es su materia prima, a la vez que su base para determinar matemática y actuarialmente la contraprestación que exigirá por su asunción. Este riesgo debe ser futuro y debe ser incierto, al menos en cuanto al momento en que ocurrirá (la muerte). Si el riesgo se agrava existirá un desequilibrio contractual pues se romperá la paridad riesgo-prima, caso en el cual, la lógica indica que deberá ser ajustado en las condiciones que la ley o el contrato lo determinen.

Pues bien, el VIH/SIDA es un evento que indiscutiblemente supone un riesgo mayor al normalmente concebido para un seguro de personas, pues acerca el tiempo de la muerte y la necesidad de incurrir en determinadas erogaciones para tratamiento o para sostenimiento del afectado. También su aparición trajo aparejado un riesgo alto para las personas que necesitaban transfusiones sanguíneas o suministro de hemoderivados, y para quienes trabajan en el campo de la salud (personal médico, paramédico, de laboratorio, entre otros).

¹²³ Ver: SUPRA, Capítulo Cuarto.

Esto sin embargo no quiere decir que indefectiblemente deba considerarse un riesgo excluido de todo seguro de personas. De conformidad con un criterio razonable del asegurador pueden asumirse riesgos más gravosos ajustando para ello el precio del seguro. Esto es viable, lo que ocurre es que la discusión gira entorno a la obligatoriedad de ello, es decir, a si es posible constreñir al asegurador a celebrar el contrato así se le permitan condiciones más onerosas, o si por el contrario esto vulnera totalmente el principio de la libertad contractual que rige las relaciones del derecho privado. En todo caso recordemos que en general el asegurador tendría la posibilidad o de no cubrir, o de hacerlo a un costo mayor, o de establecer condiciones como franquicias.

Por ahora, dejemos claro que el VIH/SIDA supone un alto riesgo de enfermedad, accidentalidad y muerte, condiciones de altísimos costos para su tratamiento, y de graves efectos para los familiares del afectado en la medida en que generalmente éste es una persona en edad productiva que brinda el sustento del hogar. Adicionalmente recordemos lo reseñado en el tema de la epidemiología del presente trabajo, en cuanto al ascendente número de contagios y a la imposibilidad, al menos hasta ahora, de encontrar una cura.

La cobertura integral es difícil, así lo expresa Oscar R. Puccinelli: "En este tipo de seguros, la posibilidad de lograr la cobertura integral de los riesgos se ve muy dificultada. [...] No sólo hace que se produzcan permanentes modificaciones en algunas pautas contractuales, sino también que las primas sufran incrementos constantes, porque siempre que haya mayor probabilidad de acaecimiento de un siniestro, la relación entre costo y riesgo también será mayor".¹²⁴

4.4.2. *La declaración de asegurabilidad*

De cara a la sanción que se establece para el tomador o asegurado reticente, correspondiente a la nulidad relativa, el VIH/SIDA también introduce ciertos cuestionamientos en la medida en que éste detenta dos fases intrínsecamente relacionadas pero conceptualmente separadas, en la medida en que en la primera (VIH) no se trata siquiera de una persona enferma, al paso que la segunda supone prácticamente una condena de muerte.

• *Declaración del portador de VIH asintomático*

La cuestión del portador asintomático, en relación con su declaración de asegurabilidad en la toma de un seguro de personas, se basa en el hecho de que para todos los efectos no se considera como una persona enferma. Así lo veíamos en el caso norteamericano,¹²⁵ lo tenemos en el Decreto 1543 de 1997¹²⁶ y lo aceptan la OMS y ONUSIDA. El portador de VIH no se considera enfermo por lo cual no puede ser sujeto de una incapacidad por ejemplo.

¹²⁴ PUCCINELLI, Oscar Raúl. "Derechos Humanos y SIDA". Desalma, Buenos Aires, 1995.

¹²⁵ Americans with disabilities act. Harvard Law Review. Cambridge. Vol.111, núm.3, January 1998, p. 843.

¹²⁶ Artículo 7 Decreto 1534 de 1997: "Persona infectada por el VIH. Para todos los fines legales considerase que una persona infectada por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH), mientras permanezca asintomática no tiene la condición de enferma del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA)".

En este orden de ideas, se discute si al ser cuestionado sobre su estado de salud, el hecho de que la persona niegue estar enferma constituye o no una reticencia, en la medida en que claramente ahí no estaría faltando a la verdad. Igualmente si le preguntan si padece SIDA, caso en el cual tampoco habría una inexactitud, pues como hemos visto, es distinto ser portador asintomático a ser enfermo.

En la práctica, hemos sido testigos de que algunas compañías en sus cuestionarios impresos se limitan a preguntar por la condición del SIDA o por si padece una enfermedad y excluyen totalmente el tema del VIH, lo que hace que si una persona reclama posteriormente por un padecimiento de este tipo, pueda alegar que en efecto el no tenía ninguna enfermedad y no fue reticente en su declaración.

Ahora bien, dado que el VIH/SIDA es un padecimiento de un periodo amplio de desarrollo, es posible que la persona infectada no lo supiera al momento del ingreso a la póliza. En este caso corresponderá a la aseguradora, en aras de exonerarse de responsabilidad, probar que la persona no sólo tenía VIH o SIDA, sino que conocía la situación. En todo caso, se trata de una forma de protección al asegurado.

Evidentemente, si existe un examen médico de ingreso la situación será distinta como se verá a continuación. Igualmente en lo que respecta a los test de detección.

En todo caso, debemos reiterar que el deber de declaración del estado del riesgo no cesa ni se restringe por la mera existencia de un cuestionario puesto que se trata de una carga genérica que se basa en el principio de ubérrima buena fe que debe imperar en el contrato de seguro. De ahí que algunos autores sostengan que la calidad de seropositivo debe ser en todo caso informada, “a éste respecto, Medina entiende que si bien el seropositivo no miente al decir que no padece una enfermedad, está retaceando una información que habría influido para que la aseguradora no contratara bajo estos términos, por lo cual podría dar lugar a esa nulidad”.¹²⁷

La doctrina Argentina¹²⁸ establece que el deber de informar debe incluir el riesgo de infección derivado de actividades donde se esté en contacto con portadores de VIH.

En síntesis, la no declaración de la condición de seropositivo sí se constituye en una reticencia, aun cuando no se trate de una enfermedad, en la medida en que se trata sin duda de un hecho que afecta al riesgo y de ser conocido por el asegurador seguramente conduciría al establecimiento de condiciones más onerosas.

Finalmente, es importante establecer que el artículo 1160 del Código de Comercio. consagra la incontestabilidad en los seguros de personas, de forma que “transcurridos dos años en vida del asegurado, desde la fecha del perfeccionamiento del contrato, el valor del seguro de vida no podrá ser reducido por causa de error en la declaración de asegurabilidad”. Esto para proteger al asegurado de un análisis tardío por parte de la compañía de la declaración. Sin embargo, esta protección se restringe a los eventos de error, por lo que la norma no opera de existir una omisión dolosa. El seropositivo que conociendo su situación la omite, podría encajar dentro del concepto de dolo.

¹²⁷ PUCCINELLI, op. cit., p. 393.

¹²⁸ PUCCINELLI, op. cit., p. 382.

• *Declaración del enfermo de SIDA*

Una vez se ha desarrollado el síndrome, no existe discusión, es obligatorio que la persona declare su condición en la medida en que se trata ya de una enfermedad en todo el sentido. Este deber no se cumple declarando solamente las infecciones oportunistas, pues la relación entre éstas y aquella es clara. Adicionalmente, en aquellos casos en que contractualmente se exige la causalidad de la reticencia con la causa del siniestro, para el SIDA es absolutamente cierta la misma respecto de la baja de defensas y las enfermedades oportunistas, así la causa de la muerte sea una de estas. Por otra parte, en los casos en que procede el examen médico, es difícil que del mismo no se colija la existencia del síndrome.

• *Examen médico y test de detección*

Generalmente el examen médico se realiza en los seguros de vida individual o en ciertos casos en que así lo determina el asegurador. En caso de que el examen resulte óptimo, se genera una presunción de que el asegurado estaba sano al momento del ingreso. Sin embargo en materia de VIH/SIDA, esto tiene ciertas precisiones en la medida en que en la fase asintomática solamente una prueba de laboratorio podría constatar la existencia del VIH.

De lo anterior, se deduce que ésta debe ser necesariamente una presunción que admita prueba en contrario, ya que cabe la posibilidad de que el asegurado haya omitido mencionar su seropositividad. Esto no excluye la posibilidad de la negligencia o falta de experticio del médico del asegurador, lo cual no puede resultar un perjuicio para el asegurado.

En este orden de ideas, el examen médico tampoco releva de la carga de declarar veraz y completamente todas las circunstancias que inciden en la valoración del riesgo, que como hemos reiterado, implica un deber general de buena fe.

Ahora bien, en relación con los test o pruebas para detectar el VIH/SIDA, surge una discusión relativa a si el asegurador puede exigirlos como condicionamiento para otorgar cobertura. La ley en ningún caso contempla esta posibilidad, de hecho la proscribire. Como veíamos en materia de derechos humanos, el consentimiento informado, el derecho a la libertad personal y el derecho a la intimidad, suponen que solamente mediante una autorización expresa y voluntaria, puede procederse a la realización del test. Se prohíbe cualquier constreñimiento en esta materia, pues, como señalábamos, se considera casi una obligación a conocer la fatalidad.

El propio Decreto 1543 de 1997¹²⁹ establece dicha proscripción, el Consejo de Estado al analizar una demanda de nulidad contra su artículo 40, estableció que la prohibi-

¹²⁹ Artículo 40: "Prohibición de Pruebas Diagnósticas para la Cobertura de Servicios. Por ser la salud un bien de interés público y un derecho fundamental, las entidades de medicina prepagada, aseguradoras, promotoras o prestadoras de servicios de salud, sean públicas o privadas, no podrán exigir pruebas diagnósticas de laboratorio para el VIH como requisito para acceder a la cobertura respectiva de protección. La condición de persona infectada por no corresponder a la noción de enferma, no podrá considerarse como una condición patológica preexistente, tampoco se podrán incluir cláusulas de exclusión".

ción de exigir exámenes diagnósticos para acceder a cobertura en salud, incluso para los aseguradores privados, debía mantenerse pues consultaba con el principio de la dignidad humana.

Esto sin embargo, puede ir en detrimento de la estabilidad financiera de las aseguradoras en la medida en que excluye la posibilidad de analizar el riesgo, no necesariamente para no darle cobertura, sino para extraprimar. Tal vez, se ha confundido a las aseguradoras, dentro del régimen que debe establecerse para la seguridad social en salud como servicio público.

Realmente, en materia de seguros privados, consideramos que debe proscribirse toda conducta discriminatoria. Cuestión distinta, es el análisis del riesgo, que como tal no busca discriminar sino realizar una ponderación adecuada para determinar el precio que habrá de tener el seguro y las condiciones de contratación del mismo, cuestión inherente a la naturaleza de este contrato, como se dejó claro al establecer sus elementos esenciales.

Lo que ocurre si ante un resultado positivo la aseguradora se abstiene de contratar, se analizará en el siguiente tema.

En la práctica actualmente algunas compañías exigen el examen, para lo cual evidentemente cumplen con la obligación de obtener el consentimiento del asegurado. Si el asegurado se niega, pues no habrá inspección del riesgo y por tanto no podrá celebrarse el contrato. En todo caso no se trata de un principio absoluto, porque si bien en teoría se busca una adecuada tarificación según el riesgo, podría haber casos en que las aseguradoras sí tuvieran conductas discriminatorias negativas, inadecuadas en un Estado social de derecho que propugna por la solidaridad e inconvenientes en materia de VIH/SIDA, en donde se ha visto, la participación del sector privado es fundamental.

En España se ha señalado doctrinariamente esta posibilidad de exigir pruebas diagnósticas en los siguientes términos: “La compañía aseguradora puede exigir actualmente cualquier prueba de carácter médico o declaración en este sentido por parte de quien quiera contratar el seguro”.¹³⁰ En Argentina a su vez, “esta circunstancia más allá de ser axiológicamente condenable, es económicamente comprensible, ante la falta de respuestas globales [...]”.¹³¹

En últimas no existe una solución unívoca en la materia dado que se trata de un conflicto entre condiciones de suma importancia, como puede ser el estado de una persona que vive con VIH/SIDA, sin desconocer que también el interés público tiene injerencia en la actividad aseguradora, por lo que no es conveniente tampoco un peligro para su viabilidad financiera. Recordemos que la actividad aseguradora capta ahorro del público y la legislación nacional busca proteger a través de su regulación, a los usuarios.

4.4.3. El principio de la libertad contractual del asegurador

Un tema de gran arraigo en nuestro derecho civil y comercial, es cuestionado por la aparición del VIH/SIDA. Se trata de la libertad contractual, que al enmarcarse dentro

¹³⁰ SANZ, VEGA, MARTÍNEZ, op. cit., p. 109.

¹³¹ PUCCINELLI, op. cit., p. 376.

del ámbito iusprivatista parecería indiscutible en lo que respecta a la autonomía de voluntad de las partes que intervienen en el negocio jurídico.

Sin embargo, no han sido pocos los que han buscado que éste principio ceda ante el interés de los enfermos de SIDA, al considerar específicamente que deben tener derecho a un seguro. Entre estos contamos a nuestra Corte Constitucional que en Sentencia T-1165 de 2001,¹³² tuteló el derecho de unos portadores de VIH que declararon su condición y por ello se les excluyó de la cobertura del seguro de vida. La Corte sostuvo que la libertad contractual no puede servir de disfraz para un abuso de la posición del asegurador. Esto evidentemente en concordancia con toda la legislación en materia de seguros que ve en el asegurado a la parte débil, la cual, por contera, debe ser protegida.

Evoquemos las palabras de la Corte: “La conducta asumida por la entidad aseguradora, es discriminatoria y no consulta los propósitos que rigen el Estado social de derecho fundado en el respeto a la dignidad humana, pues no se puede concebir bajo ningún argumento que el ser portador asintomático de VIH, sea una exclusión para adquirir un seguro de vida. No hay ninguna disposición legal que así lo contemple y de existir dicha disposición desconocería los postulados constitucionales”. Y agrega: “No hay ninguna razón que justifique la decisión de la Aseguradora demandada de no expedir el seguro de vida solicitado por los demandantes, por cuanto si bien la Aseguradora Solidaria de Colombia, se encuentra amparada por la autonomía de su voluntad en las relaciones contractuales, esta autonomía, no puede constituirse en un abuso de su posición en detrimento de los derechos de quien acude a ella”.

Al respecto consideramos que si bien es imperante la necesidad de proteger los derechos fundamentales de los enfermos de VIH/SIDA, en especial en lo que se refiere a la no-discriminación, ello no debe hacerse en todos los casos mediante la negación de la existencia de ciertos otros principios. La Corte probablemente acertó en la decisión pero erró en sus argumentos.

La libertad de contratación, contenida entre otras en el artículo 100 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, persigue una protección bilateral, tanto para el asegurado como para el asegurador, derivado del estricto carácter privado del seguro.

Esa libertad y autonomía del asegurador supone la posibilidad de realizar una selección de riesgos asegurables, sin que por ello se pretenda discriminar a las personas. Digamos que la solución intermedia ideal, para conciliar las diferencias, evitando la discriminación, no es despojar al asegurador de su libertad contractual, sino precisamente permitir que la ejerza, pero en beneficio general. Es decir, debe permitírsele realizar la selección de los riesgos, de forma que al encontrarse con un caso como el de la sentencia, para evitar discriminar, acepte cubrir el riesgo pero imponga sus condiciones para ello.

Lo anterior puede no ser perfecto para cada una de las partes, pero supone la menor inconveniencia para ambas. En todo caso consideramos que por la especificidad del tema, la regulación sobre VIH/SIDA en nuestro país y en otros que tienen la misma problemática (Argentina y España), debería pronunciarse sobre los seguros

¹³² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1165 de 6 de noviembre de 2001. Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

privados y no sólo sobre la seguridad social genérica, habida cuenta de que ellos también están en relación directa con la pandemia.

En este sentido vale la pena resaltar lo establecido por Marta Sanz: “[...] la compañía aseguradora puede exigir, actualmente, cualquier prueba de carácter médico o declaración en este sentido por parte de quien quiera contratar un seguro ya que en esta materia rige de forma absoluta el principio de autonomía de voluntad o libertad de las partes para suscribir o no el contrato, cuyas consecuencias son objeto ya de limitaciones legales, fundamentalmente para preservar los derechos de los asegurados frente a las compañías de seguros”.¹³³

El Consejo de Europa ha señalado la importancia de que se dé una codificación en esta materia, confirmando nuestra propuesta en este sentido, incluyendo el respeto a la dignidad y la vida, el consentimiento informado, la protección a la información, en donde participen las compañías de seguros, salvaguardando sus intereses. Se propone que las autoridades estudien la posibilidad de crear sistemas de seguros especiales para pacientes con SIDA (Resolución 14 de 1989 del Consejo de Europa).

Pero esta búsqueda de apoyo a los PVVS no ha estado exenta de detractores. Evidentemente existe la tendencia a defender a ultranza la posición de los aseguradores debido, probablemente, a la magnitud de los daños que puede causar el VIH/SIDA en la industria de los seguros. No necesariamente están dichas posiciones erradas, pero sí pueden llegar a omitir un principio básico a la luz de nuestro ordenamiento jurídico como es la solidaridad y la no-discriminación.

En este sentido se pronuncia Jean Lemaire: “[...] la clasificación del riesgo es necesaria para mantener un sistema de seguros equitativo y vivo. Es esencial, ya sea por los asegurados actuales como por razones de equidad, que las aseguradoras operen con base en normas discriminatorias sanas.” Y agrega: “[...] el índice por mortalidad por VIH es diez veces más alto que el máximo de lo que las compañías consideran riesgos a duras penas aceptables. La cobertura de un seropositivo que no presenta síntomas de SIDA, equivaldría entonces a tener que pagar una prima de un asegurado de 75 años”.

En todo caso los seguros son de tal importancia, que el privar a las personas de ellos puede representar un perjuicio grave, por lo que abogamos por una mediación entre las posiciones en conflicto.

La necesidad de una legislación específica para el tema de los seguros en relación con el VIH/SIDA es imperativa y responde a la idea de adaptar el derecho a la realidad. En este sentido encontramos en la doctrina foránea: “En virtud de la autonomía de la voluntad, a condición de respetar las reglas del orden público y las imperativas, las partes son en principio libres de contratar o no y de definir ellas mismas el contenido del contrato. Para los seguros de vida, hay ciertas reglas que limitan la libertad contractual de las partes, como la de que las sociedades aseguradoras no tienen derecho, en materia de exclusión del riesgo, a restringir las condiciones generales por condiciones particulares, solamente por un riesgo agravado existente en el asegurado”.¹³⁴

¹³³ SANZ, VEGA, MARTÍNEZ, op. cit., p. 232.

¹³⁴ VANSWELVELT, Thierry. “Le SIDA et le Droit: Une etude de droit de la responsabilité et de droit des assurances”. Makuu, Bruselas, 1990.

En síntesis, se busca acompasar el principio de la libertad contractual con la necesaria exigencia de respeto a los derechos humanos de las personas que viven con VIH/SIDA.

4.4.4. Mantenimiento del estado del riesgo y notificación de su agravación

Esta obligación general en los seguros de personas tiene particularidades, pues como se ha señalado no implica la notificación de todas las modificaciones, que por demás, dentro de un riesgo creciente como es el del seguro de muerte y de enfermedades son obvias, sino sólo unas determinadas. Así lo sostiene Halperín: “Esto es, que el principio es la libertad de adoptar cualquier profesión y cambiar el domicilio, excepto los que pueden importar en la agravación del riesgo, que deben ser específicamente determinados. Debe tenerse en cuenta que no importan agravaciones todos los hechos que pueden considerarse normalmente previsibles por el asegurador: vejez, enfermedad o accidente”.¹³⁵

En últimas sólo el cambio de domicilio y de profesión que alteren el estado del riesgo deben ser notificados.

Se notifica porque al agravarse el riesgo, surge un desequilibrio en el contrato que puede dar lugar a que el asegurador manifieste su voluntad de no continuar con el contrato o de hacerlo en condiciones más onerosas.

Si bien contraer el VIH/SIDA supone indefectiblemente una agravación del riesgo, ésta como las demás enfermedades no debe ser notificada, salvo que así se disponga contractualmente. Esto por la naturaleza esencialmente progresiva del riesgo en estos seguros.

Cuestión distinta es que la agravación corresponda a un cambio de profesión como profesionales de la salud que ingresen a hospitales de cuidado de enfermos de SIDA, caso en el cual es evidente la obligación de notificación y la correlativa opción del asegurador.

4.4.5. Beneficiario causante del siniestro.

Surge la cuestión relativa a si puede quien contaminó a la víctima con el VIH/SIDA cobrar el seguro de vida del cual es beneficiario. No se trata de una hipótesis lejana a la realidad, dado que las formas de transmisión pueden comportar como substrato la existencia de una relación conyugal o al menos sexual.

En términos generales, se concluye que salvo que exista una acción dolosa, no se pierde para el transmisor el derecho a la indemnización.¹³⁶

5. EQUILIBRIO ENTRE DERECHOS HUMANOS Y SEGUROS

Expuesta la problemática que suscita la aparición del VIH/SIDA dentro del contexto de los seguros de personas, es claro que existe de una parte una carta de derechos humanos que deben ser respetados, entre lo que se cuenta acceder a mecanismos de

¹³⁵ HALPERIN, Isaac. Contrato de Seguro. Vol. 1, Depalma, Buenos Aires, 1983.

¹³⁶ PUCCINELLI, op. cit., p. 392.

prevención de necesidades eventuales y fortuitas (seguro), y de otra la necesaria materialización del principio de selección de riesgos del asegurador que le permita llevar a cabo su análisis actuario-matemático a fin de tener viabilidad financiera.

Veámos en el acápite precedente cómo el ideal, en aras de conciliar la libertad contractual con los derechos de los enfermos de VIH/SIDA, era encontrar un punto medio en el que se cediera de parte y parte para obtener cobertura aunque a un mayor precio. Sin embargo, esta no es la única solución posible, de hecho, aquí surge con gran importancia la necesidad del trabajo mancomunado del sector tanto público como privado para encontrar soluciones.

En Francia por ejemplo, surgió una solución digna de reseñar, pues buscó atender las indemnizaciones de los enfermos, sin perjudicar la viabilidad financiera de las compañías. El detonante para la búsqueda de una solución fue la enorme cantidad de contagios del VIH/SIDA a través de transfusiones sanguíneas y hemoderivados, especialmente en pacientes con Hemofilia. En 1989 se creó un fondo de solidaridad en el que participaron la Asociación Francesa de Hemofílicos, las compañías de seguros y los representantes de los centros de transfusiones, el cual sin embargo fracasó debido a los bajos montos que se reconocían a las víctimas.

Sin embargo, esto sirvió como precedente, y ante la opinión pública que censuraba el no pago por parte de las aseguradoras, el 31 de diciembre de 1991 se creó el "Fondo de Indemnizaciones" mediante Ley 91-1406. En este se contó con la participación de aseguradores y reaseguradores, en cuantía correspondiente a 950 millones de francos los primeros y 250 millones los segundos, con el fin de indemnizar a las víctimas de contaminaciones de VIH/SIDA a través de transfusiones sanguíneas.¹³⁷

Pues bien, éste es sólo uno de los ejemplos de lo que podría hacerse teniendo en cuenta los costos que supone para la industria aseguradora, en las más diversas perspectivas, el VIH/SIDA.

Otro aspecto importante tratándose de propugnar por el equilibrio, es el de la prevención. A lo largo del análisis hemos demostrado que no existe en nuestro país una verdadera cultura de la prevención, ni desde la perspectiva estatal, ni desde el punto de vista del sector privado.

A esto no resulta ajeno el mercado asegurador, en el cual se echa de menos una preocupación por la materia, no solamente por razones de solidaridad e interés público que deberían existir, sino por que se trata de la única manera de eludir con certeza el pago de las erogaciones que representa el VIH/SIDA.

El asegurador que contribuya a que el riesgo asegurado (verbigracia vida o salud de las personas) se aleje cada vez más de la certeza de su producción, conseguirá efectos positivos en su siniestralidad y por contera en sus finanzas.

No parece acorde con la estrategia óptima de quien asume riesgos, el desconocer la relevancia de la prevención, máxime en casos que, como en el VIH/SIDA, no existe cura definitiva.

El equilibrio del que se viene hablando, entre el SIDA y los seguros, supone pues la elaboración de una reglamentación específica de la materia, que tienda a tutelar los

¹³⁷ PUCCINELLI, op. cit., p. 396.

derechos de las dos partes. Sin embargo, debido a que dadas las circunstancias actuales de nuestro país, en la agenda legislativa no parece quedar campo para un tema que, como éste, se ha ido introduciendo y asentando en la comunidad gracias al silencio y la despreocupación, la ignorancia y la pobreza, la solución debe buscarse en la voluntad de los actores de la sociedad.

Es así como surge la necesidad de que la participación en la lucha contra el VIH/SIDA sea masiva y mancomunada, y provenga de la conciencia de que es necesario que todos cedan algo en pro del bienestar general. Éste es el llamado de nuestra carta magna, al cual no puede desatenderse solamente porque no exista coerción al respecto. Es preciso que los aseguradores entiendan el interés que radica en sus manos y busquen apoyar a sus asegurados, sin que ello llegue a afectarles estructuralmente. Y de otra parte, será la sociedad en general y los PVVS en especial, los llamados a atender condiciones un poco más onerosas en aras de lograr el punto medio buscado.

Lo anterior sin perjuicio de que existan iniciativas del sector público y privado que tiendan a precaver los efectos del VIH/SIDA y a proteger a sus víctimas.

CONCLUSIONES

El tema del VIH/SIDA no es pues, como a simple vista pudiera parecer, el de una enfermedad de alto costo como tantas otras. No, esta pandemia cuenta con características médicas y epidemiológicas que la hacen única, por la magnitud potencial de su expansión, por afectar a las personas en el rango de edades más productivas y por no tener cura.

Las cifras son realmente alarmantes habida cuenta de que en la actualidad se conocen las formas de transmisión y las posibilidades de prevención. Sin embargo, no existe una cultura seria de este tipo, al menos en nuestro país.

Como lo hemos reiterado a lo largo del análisis, se trata de un fenómeno que afecta no sólo el ámbito médico, sino que se extiende a cuestiones financieras, económicas y jurídicas.

Existe a nivel internacional en general y al interior de nuestro ordenamiento jurídico en especial, una pródiga legislación concerniente a la tutela de los derechos humanos de las personas que viven con VIH/SIDA, derivada de las injusticias y de la discriminación que generó la pandemia en el pasado y de la cual aún conservamos vestigios.

Se ha constatado el hecho de que la protección de los derechos humanos de estas personas reporta beneficio no sólo a ellas sino a la comunidad en general, al permitir la efectividad de campañas de prevención y la difusión de información. Es claro que la ignorancia y el silencio sólo avivan la epidemia.

En este orden de ideas, conceptos como la bioética, el consentimiento informado y el secreto profesional médico, cobran trascendencia en lo que se refiere al VIH/SIDA, especialmente de cara al contrato de seguros, que en ningún caso puede desconocerlos.

El impacto financiero del VIH/SIDA tanto a nivel macroeconómico como a nivel de empresa, es inmenso y desborda los límites de la salud pública, llegando a tener implicaciones de viabilidad estructural del sistema. Todo esto agravado por el drama de la tragedia humana.

La situación colombiana si bien se considera moderada, respecto de casos como el de África, no por ello supone una perspectiva prometedora hacia el futuro. Es preciso detener la epidemia mientras ésta pueda ser controlada, de lo contrario los costos humanos y económicos alcanzarán proporciones colosales.

En todo el desarrollo de la pandemia se han generado respuestas por parte de los distintos Estados y de la comunidad internacional. Sin embargo, al ver que esto ha sido insuficiente se torna indispensable acudir al sector privado para una lucha mancomunada.

El interés del sector empresarial no radica en un principio de solidaridad. Realmente, cada vez con más fuerza, los actores del mercado se han dado cuenta de la incidencia que en sus propias economías ha tenido la epidemia, y han entendido la imperiosa necesidad de su ayuda.

En el mercado asegurador en especial buscamos acercarnos a las cifras relevantes para la cuantificación del impacto del VIH/SIDA, sin lograr nuestro cometido, por existir una escasa cultura del manejo de la información financiera. Esto nos parece a todas luces peligroso, pues denota la falta de preocupación y en últimas la subestimación a que se ha sometido el tema.

En todo caso, acudiendo a la Federación de Aseguradores Colombianos FASECOLDA, y a las encuestas que esta institución realiza, logramos aproximarnos a cifras que no son para nada prometedoras.

Es necesario poner el tema en la mesa de discusión en general, y entender que nos enfrentamos a un enemigo silencioso pero eficaz y mortal, en aras de precaver los efectos devastadores que pueden llegar a producirse.

De otra parte, consideramos imperativo que se expida una normativa específica en materia de seguros privados y VIH/SIDA, pues al contrario de lo que ocurre con los derechos humanos, la legislación aquí es prácticamente inexistente, lo que da lugar a innumerables cuestionamientos dentro de este contrato.

De no ser posible esto, es preciso que se propugne por la búsqueda de soluciones concertadas en aras de lograr una adecuada tutela a los PVVS y a las aseguradoras que, desde la aparición del VIH/SIDA, han visto cuestionado el esencial principio rector de su actividad relativo a la autonomía y libertad contractual.

Es posible que la contraposición genere en las aseguradoras una conciencia más determinada sobre el riesgo que representa la enfermedad, entendiendo que la única estrategia jurídica y económicamente perfecta será la prevención, en la cual es precisa una participación activa, mancomunada y multidisciplinaria.

Todo esto claro esta, en el entendido de que los seguros privados y con mayor razón la seguridad social, son conceptos fundamentales en la economía de las personas y en su posibilidad de acceder a lo que la OMS ha definido como el derecho a la salud en sentido amplio, coherente con la dignidad humana, piedra angular de nuestro ordenamiento jurídico.

En síntesis, de lo expuesto en el presente estudio, podemos deducir la importancia que tiene el tema del VIH/SIDA desde las más variadas aristas, en el entendido de que se trata de una pandemia que afecta prácticamente todos los aspectos de la vida humana, familiar, social y hasta comercial.

Cerrar los ojos ahora sólo conducirá al desenlace final del que estamos siendo testigos en otras latitudes. Ningún estamento de la sociedad puede ni debe ser ajeno al tema.

Especialmente, en la industria de los seguros, ha surgido con meridiana claridad el aspecto tocante con su viabilidad financiera, pero también el compromiso que debe asumir dentro de la vida de un Estado, pues su actividad comporta aspectos de interés general al que no puede ser ajena la angustiosa tragedia del VIH/SIDA.

BIBLIOGRAFÍA

- AMERICANS WITH DISABILITIES ACT. Harvard Law Review. Cambridge. Vol.111, No.3, January, 1998.
- BARRIOS, Liliana y REYES, Edgar Antonio. "Cuál es el origen del Virus de la Inmunodeficiencia Humana". En: Innovación y Ciencia. Vol.8, No. 2, Bogotá, 1999.
- BELL, Clive; DEVARAJAN, Shantayanan; GERSBACH, Hans. "The Long-run Economic Costs of AIDS: Theory and an Application to South Africa". June 2003. World Bank. [online] www.who.org.
- CARDOZO, Manuel Francisco. "SIDA, Nuevas perspectivas terapéuticas". En: Innovación y Ciencia. Vol. 6, No. 1, Bogotá, 1997.
- CASTAN TOBEÑAS, José. "Los Derechos del Hombre". Reus S.A., 4ª Edición, Madrid, 1992.
- CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. Suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos. (B-32) San José, Costa Rica. 7 al 22 de noviembre de 1969. [online] www.oas.org/juridico/spanish/tratados.
- COLOMBIA. MINISTERIO DE SALUD. Decreto 1543 de 1997, art. 7. "Por el cual se reglamenta el manejo de la infección por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH), el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA) y las otras Enfermedades de Transmisión Sexual".
- COLOMBIA. MINISTERIO DE SALUD, INSTITUTO NACIONAL DE SALUD. Sistema de Vigilancia en Salud Pública (SIVIGILA). Boletín Epidemiológico Semanal. Semana No. 29. Julio 14 a 20 de 2002.
- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Proyecto de Ley 073 de 2002, acumulado con los Proyectos 087 de 2002 y 185 de 2003 Cámara. Ponentes segundo debate: Dr. Albino García Fernández y Dr. José Gonzalo Gutiérrez.
- COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección primera. 22 de febrero de 2001. Consejera Ponente: Dra. Olga Inés Navarrete Abrero.
- COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 6146 de 2 de agosto de 2001. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-248 de 26 de mayo de 1998. Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-271 de 23 de junio de 1995. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-062 de 4 de febrero de 1999. Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-304 de 19 de junio de 1998. Magistrado Ponente: Dr. Fabio Morón Díaz.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1064 de octubre 10 de 2001. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1287 de 5 de diciembre de 2001. Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1165 de 6 de noviembre de 2001. Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Beltrán Sierra.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-220 del 29 de abril de 1997. Magistrado Ponente: Dr. Fabio Morón Díaz.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-204 de febrero 28 de 2000. Magistrado Ponente: Dr. Fabio Morón Díaz.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-264 de junio 13 de 1996. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-650 de 2 de septiembre de 1999. Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Beltrán Sierra.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-484 de agosto 11 de 1992. Magistrado Ponente: Dr. Fabio Morón Díaz.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1068 de agosto 16 de 2000. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-449 de 4 de mayo de 2001. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-111 de 6 de marzo de 1997. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-562 de 4 de agosto de 1999. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-304 de 19 de junio de 1998. Magistrado Ponente: Dr. Fabio Morón Díaz.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-850 de 10 de octubre de 2002. Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-579 de agosto 11 de 1999. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- COPPOLA, Vincent. "Robert Gallo wants to fight", June, 1996. [online] www.virusmyth.net.
- DE VEGA, José Augusto. "Tratamiento Jurídico del S.I.D.A.". Colex, 1992.
- FEDERACIÓN DE ASEGURADORES COLOMBIANOS (FASECOLDA). "Los Diez años de la Ley 100 de 1993". Bogotá, 2003.
- FEDERACIÓN DE ASEGURADORES COLOMBIANOS (FASECOLDA). "Encuestas de Seguros de Personas". Cámara Técnica de seguros de vida y de personas. 2002-2003.
- FERREYRA, Roberto. "Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina". Edit. Biblioteca Jurídica DIKÉ. Medellín.
- FUNDACIÓN MEXICANA PARA LA SALUD (FUNSALUD), INICIATIVA REGIONAL SOBRE SIDA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE -SIDALAC-, OUSIDA, MINISTERIO DE SALUD DE COLOMBIA. "Cuentas Nacionales en VIH/SIDA Colombia". [online] 1999-2001.
- GALLO, Robert. "Virus Hunting -AIDS, Cancer & the Human Retrovirus: A Story of Scientific Discovery". Basic Books, New York, 1991.
- GARCÍA, Ricardo. "SIDA: Situación en el mundo y en Colombia veinte años después". En: Revista BIOMEDICA Vol.23. Núm. 3. Octubre de 2003. Instituto Nacional de Salud, Colombia.
- GARRIGUES, Joaquín. "El Contrato de Seguro Terrestre". Imprenta Aguirre, Madrid, 1982.
- GHERSI, Carlos. "La Relación Médico Paciente en la responsabilidad civil" Edit. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Medellín. 1ª edición.
- GUZMAN MORA, Fernando. "La Práctica de la Medicina y la Ley". Biblioteca Jurídica DIKÉ, 1ª edición.
- HALPERIN, Isaac. "Lecciones de Seguros". Depalma, Buenos Aires, 1993.
- HALPERIN, Isaac. "Contrato de Seguro". Vol. 1, Depalma, Buenos Aires, 1983.
- HERRERA JARAMILLO, Francisco. "De la responsabilidad civil médica". Ediciones Rosaristas. Biblioteca Jurídica DIKÉ. Bogotá, 1995.

- HOYOS CASTAÑEDA, Ilva Myriam: "El respeto a la dignidad de la persona y los derechos humanos en la Constitución Política de Colombia". En: *Hermenéutica Jurídica, Homenaje al maestro Darío Echandía*. Ediciones Rosaristas, Bogotá, 1997.
- IZAZOLA LICEA, José Antonio. "El Sector Privado y su Movilización contra la Pandemia del SIDA". Fundación Mexicana para la Salud (FUNSALUD) e Iniciativa Regional sobre SIDA en América Latina y el Caribe. [online] www.sidalac.org.mx.
- LEMAIRE, Jean: "El Sida y la Industria de los Seguros en los Estados Unidos". En: *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, No. 5, Agosto, 1994.
- LÓPEZ, Hernán Fabio. "El contrato de Seguro". Dupre Editores. Bogotá, 1993.
- MANES, Alfredo. "Teoría general del seguro", tomo I, Pág. 2. Citado por J. E. Ossa.
- MARTÍNEZ CABALLERO, Alejandro. "Estado Social de Derecho en la Constitución de 1991". En: *Hermenéutica Jurídica, Homenaje al maestro Darío Echandía*. Ediciones Rosaristas, Bogotá, 1997.
- NARANJO, Vladimiro. "Teoría Constitucional e Instituciones Políticas". Temis, Bogotá, 1997. Séptima edición.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. "Los ADPIC y la Salud Pública". [online] 2001 www.wto.org.
- ONU. ASAMBLEA GENERAL. Resolución A/55/L.2. "Declaración del Milenio". [online] 2000 www.un.org.
- ONU. ASAMBLEA GENERAL. "Nosotros los pueblos", la función de las Naciones Unidas en el siglo XXI. Informe del Milenio del Secretario General de las Naciones Unidas. [online] 2000. www.un.org/english/millennium.
- ONU. ASAMBLEA GENERAL. Declaración Universal de los Derechos Humanos. Aprobada por la Resolución 217 A (III). 10 diciembre de 1948. [online] www.un.org.
- ONU. ASAMBLEA GENERAL. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Aprobada por la Resolución 2200 A (XXI) 16 de diciembre de 1966. [online] www.un.org.
- ONU. ASAMBLEA GENERAL. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Aprobada por la Resolución 2200 A (XXI) 16 de diciembre de 1966. [online] www.un.org.
- ONU. ASAMBLEA GENERAL. Declaración de compromiso en la lucha contra el VIH/SIDA. Resolución S-26/L2. de agosto de 2001. [online] www.un.org.
- ONUSIDA. Plan Estratégico de la respuesta nacional ante la epidemia del VIH/SIDA. 200-2003 [online] www.col.ops-oms.org/ONUSIDA/planestrategico.htm.
- ONUSIDA, THE PRINCE OF WALES INTERNATIONAL BUSINESS LEADERS FORUM Y CONSEJO EMPRESARIAL MUNDIAL SOBRE EL VIH/SIDA. "La respuesta empresarial al VIH/SIDA: Impacto y enseñanzas aprendidas". Ginebra y Londres, 2002. [online] www.unaids.org.
- ONUSIDA. "Informe sobre la epidemia mundial de VIH/SIDA 2002. El Impacto Creciente". [online] www.unaids.org.
- ONUSIDA. Directrices sobre el VIH/SIDA y los Derechos Humanos. [online] www.unaids.org.
- ONUSIDA; OMS. "Situación de la Epidemia de SIDA a Diciembre de 2003". [online]. 2003. www.unaids.org.
- OSSA, J. Efrén: "Teoría General del Seguro: El Contrato". Temis, Bogotá, 1991.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS). "Prohibición de la discriminación relacionada con los pacientes infectados por VIH o con SIDA", GPA. Copenhague, Diciembre de 1988.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS). Resolución WHA 45.35 de 14 de mayo de 1992.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. "Informe sobre la salud en el mundo 2003, forjemos el futuro". Capítulo 3 VIH/SIDA: "Resistir a un agente mortífero". [online] www.who.org.
- PARDO, Javier. "VIH y SIDA. Presérvate del SIDA", España, 1996-2000. [online] www.ctv.es/USERS/fpardo/virus.htm.

- OMS - PREVENCIÓN DE LA TRANSMISIÓN SEXUAL DEL VIH, serie 6, 1990; Declaración de la Asamblea sobre la notificación a la pareja para la prevención de la transmisión del VIH, GPA, Enero de 1989.
- PROTOCOLO ADICIONAL A LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Suscrito en San Salvador, El Salvador, 17 de noviembre de 1988, en el decimotercero período ordinario de sesiones de la Asamblea General. [online] www.oas.org/juridico/spanish/tratados.
- PUCCINELLI, Óscar Raúl. "Derechos Humanos y SIDA". Desalma, Buenos Aires, 1995.
- ROMERO, Guido Mauricio. "Aspectos Jurídicos relacionados con la infección por el VIH". En: Revista Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario Nova et Vetera. Volumen 87, Número 565, octubre de 1994.
- SÁCHICA, Luis Carlos. "Nuevo Constitucionalismo Colombiano". Temis, Bogotá, 1994, undécima edición.
- SÁNCHEZ Caro, Javier. "Derecho y SIDA". Mapfre. Madrid, 1995.
- SANZ, Marta; VEGA, Javier; MARTÍNEZ, Pelegrín. "SIDA: Aspectos Médico-Legales y Deontológicos". Secretariado de Publicaciones e intercambio. Universidad de Valladolid, 1999.
- VANSWELVELT, Thierry. "Le SIDA et le Droit: Une étude de droit de la responsabilité et de droit des assurances". Makuu, Bruselas, 1990.
- VIDAL PERDOMO, Jaime. "Derecho Constitucional General e Instituciones Políticas Colombianas". Legis, Bogotá, 1998. 7ª Edición.
- VIH/SIDA Y DESARROLLO: IMPACTO ECONÓMICO Y DETERMINANTES SOCIALES Y CULTURALES. (Noviembre de 2003, Bogotá). Fundación Agenda Colombia.